

REGLER OM MIDLERTIDIG SIKRING – MED FOKUS PÅ UNNTAK FRA KONTRADIKSJON



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 553

Leveringsfrist: 25.11.2009 kl. 1200

Til sammen 17587 ord

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Oppgavens tema	4
1.2	Hvor finnes de materielle regler for midlertidig sikring?	6
1.3	Kilder	6
2	MIDLERTIDIG SIKRING, ARREST OG MIDLERTIDIG FORFØYNING	9
2.1	Bakgrunn	9
2.2	Kort om forholdet til annen nasjonal lovgivning	10
2.3	Arrest	12
2.4	Midlertidig forføyning	15
2.5	Tvangsgrunnlag	18
2.6	Nærmere om vilkår for å begjære midlertidig sikring	20
2.7	Kort om gjennomføring og virkning av midlertidig sikring	32
3	MUNTlige FORHANDLINGER OG KONTRADIKSJON	36
3.1	Kontradiksjon ved midlertidige sikringer	36
3.1.1	Generelt om kontradiksjonsprinsippet	
3.1.2	Behovet for kontradiksjon ved midlertidige avgjørelser	
3.1.3	Hensyn og konsekvenser	

3.2	Hovedregelen om forutgående muntlige forhandlinger	45
3.3	Vilkår for å unnlate forutgående muntlige forhandlinger	47
3.3.1	«Fare ved opphold»	
3.4	Ordninger som kompenserer for manglende kontradiksjon	50
3.4.1	Etterfølgende muntlige forhandlinger	
3.4.2	Tilfredstiller etterfølgende muntlige forhandlinger det grunnleggende kravet til kontradiksjon?	
3.4.3	Sikkerhetsstillelse	
3.4.4	Erstatning	
3.4.5	Innsynsrett i ettertid	
3.5	Kort om tilstøtende unntak fra kontradiksjonsprinsippet	61
3.5.1	Unntak fra kontradiksjon i gjennomføringen	
3.5.2	Bevissikring utenfor rettssak	
3.5.3	Straffeprosessen – tvangsmidler	
4	<u>MINDRE BRUK AV MIDLERTIDIG SIKRING OG UNNTAK FRA KONTRADIKSJON ?</u>	66
4.1	Saker om ytringer jf. grl. § 100, fjerde ledd	
4.2	Saker om barnefordeling	
4.3	Forhold knyttet til ny tvistelov	
5	<u>OPPSUMMERING</u>	70
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	72
7	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	78

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

I denne oppgaven ønsker jeg å gi en oversikt over regler for midlertidig sikring, med særlig fokus på unntak fra kontradiksjonsprinsippet som gjelder ved avsigelse av kjennelse om arrester eller midlertidige forføyninger.

Midlertidig sikring er et felles begrep for arrest og midlertidig forføyning. Midlertidig sikring er, innenfor gitte vilkår, en mulighet saksøker har til å få sikret et krav eller ”fryse” en prosess inntil tvisten mellom partene er løst ved avtale eller gjennom ordinær domstolsbehandling. Arrest gjelder for pengekrav, mens midlertidig forføyning i hovedsak gjelder for alle andre type krav¹.

Hovedregelen for beslutning om midlertidig sikring er at domstolen (tingretten) skal treffe sin avgjørelse ved kjennelse etter at saksøkte og de som berøres av sikringen har blitt gjort kjent med begjæringen, og har fått kommet til ordet gjennom såkalte muntlige forhandlinger, jf. tvisteloven² (tvL.) § 32-7, første ledd.

I tvL. § 32-7, annet ledd oppstiller imidlertid lovgiver en mulighet for domstolen til å avsi sin kjennelse om midlertidig sikring, uten at saksøkte eller andre som blir berørt av det begjæringen omfatter, får kjennskap til begjæringen eller får ta til motmæle før kjennelsen blir avsagt. Isolert sett kan dette oppfattes som et brudd på det kontradiktoriske prinsipp, som vårt rettssystem oppstiller som et grunnleggende prinsipp for å sikre rettssikkerheten. Unntaket fra kontradiksjon som oppstilles i den spesielle regelen i tvL. § 32-7, annet ledd, står også i utgangspunktet i motsetning til den generelle regelen i tvisteloven § 32-2 om at *”før retten avsier en kjennelse skal den så vidt mulig gi partene anledning til å uttale seg.”*

¹ Krav omhandles i pkt. 2.6 på side 20 i oppgaven

² Lov om rettergang og mekling i sivile tvister av 17. juni 2005 nr 90 (Tvisteloven)

Som ”kompensasjon” for tap av muligheten til forutgående kontradiksjon, oppstiller loven en mulighet for partene eller andre som rammes, til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger³.

Saker om arrest og midlertidig forføyning er ofte konfliktfylte og kan få alvorlige konsekvenser for de som er involvert. Å miste retten til å rå over sine formuesgoder, eller umiddelbart å måtte stoppe utførelsen av et bygningsarbeid i påvente av en endelig beslutning, kan være av stor betydning for de som berøres. Avgjørelser fattet uten kontradiksjon vil alltid kunne øke risikoen for at uriktige beslutninger blir tatt, og dermed øke risikoen for at uopprettelige skader kan bli påført saksøkte eller andre som blir berørt av sikringen⁴. Uriktige avgjørelser, som påfører saksøker eller andre unødvendige skader eller ulemper, kan også være tillitsvekkende for domstolsapparatet.

Jeg vil i oppgaven behandle de materielle regler for midlertidig sikring de lege lata, særlig med fokus på unntaket fra kontradiksjonsprinsippet, som fremkommer i tvl. § 32-7, annet ledd. Jeg ønsker å se på de vilkår som oppstilles i loven for å begjære midlertidig sikring og de hensyn som gjelder. Videre ønsker jeg å se på de hensyn som gjelder for å fravike kontradiksjon i særlige tilfeller, samt de ordninger i loven som skal ”kompensere” for tap av muligheten til kontradiksjon, som sikkerhetsstillelse, erstatningsansvar og innsynsrett. Jeg vil også komme inn på kontradiksjonsprinsippets utvikling.

Jeg vil i oppgaven se nærmere på muligheten for kontradiksjon før og etter at tingretten treffer sin kjennelse og se på den praksis som i dag utføres i tingrettene i behandling av begjæringer om midlertidig sikring. Jeg vil i noen grad også diskutere om det kan være hensiktsmessig å endre noen av reglene de lege ferenda.

³ Tvisteloven § 32-8

⁴ Tvisteloven § 32-8 – ”partene og enhver annen som rammes”

Midlertidig sikring gjennomføres i hovedsak av den alminnelige namsmann⁵ i samsvar med prosessregler i tvangsfullbyrdelsesloven. Jeg vil i oppgaven kort nevne den praktiske gjennomføring og den adgangen namsmannen har til å tvangsgjennomføre myndighetshandlinger uten kontradiksjon, dvs. uten at saksøkte blir varslet og/eller får forkynt saksdokumenter på forhånd⁶.

Jeg vil også nevne to tilstøtende rettsområder der lovgiver har gitt mulighet til å fravike kontradiksjonsprinsippet⁷.

For å begrense omfanget av oppgaven vil jeg avgrense diskusjonen om ivaretagelsen av kontradiksjonsprinsippet mot de krav som stilles i folkeretten, særlig jf. EMK⁸ art 6 og SP⁹ art 14. Jeg vil likevel vise til EMK og folkerettens betydning i norsk rett for å belyse utviklingen av det kontradiktoriske prinsipp i norsk rettspleie.

1.2 Hvor finnes de materielle regler for midlertidig sikring?

De materielle regler for midlertidig sikring finner vi dag i den forholdsvis nye lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr 90 (tvisteloven) kapittel 32 til 34, som trådte i kraft 1. september 2007. Tidligere var disse reglene plassert i lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26. juni 1992, nr 86 (tvangsfullbyrdelsesloven) kapitel. 14 og 15 og før det i den gamle lov om tvangsfullbyrdelse av 13. august 1915 nr 7 (tvangsloven). Tvl. kap. 32 inneholder fellesregler for midlertidig sikring, mens kap. 33 inneholder spesielle regler for arrest og kap. 34 spesielle regler for midlertidig sikring.

⁵ Lov om tvangsfullbyrdelse (Tvangsfullbyrdelsesloven) § 2-2

⁶ Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 5-14, 7-6, 7-10, 8-7, 9-5, 10-3, 13-6, 13-10, 13-15

⁷ Bevissikring utenfor rettsak i sivilprosessen og noen sider ved Straffeprosesslovgivningen

⁸ Europarådets menneskerettskonvensjon av 4. november 1950

⁹ FN's konvensjon for sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

1.3 Kilder

Midlertidig sikring og dens forhold til kontradiksjonsprinsippet er lite behandlet i juridisk litteratur og i rettspraksis. Saker om midlertidig sikring og problemstillinger knyttet til å avsi kjennelser uten forutgående kontradiksjon er først og fremst omtalt i lovens forarbeider og i avgjørelser i første instans (se forklaring s.8).

Lov om rettergang og mekling i sivile tvister av 17. juni 2005 nr 90 (Tvisteloven) er den primære rettskilden som regulerer saker om midlertidig sikring og det unntak fra kontradiksjon som behandles i denne oppgaven. Reglene om midlertidig sikring i den nye tvisteloven ble noe redigert og lovteknisk satt opp på en annen måte enn tidligere, men det ble ikke foretatt realitetsendringer av særlig betydning. Tvistelovsutvalget foreslo ingen forandringer i de materielle reglene for midlertidig sikring, slik at materielt sett er altså reglene i stor grad de samme som tidligere. Det medfører at forarbeider til eldre lo ver, eldre kommentarutgaver og eldre rettspraksis er aktuelle rettskilder ved tolkning og forståelse av dagens regleverk.

Anne Robberstad skriver i sin bok ”*Sivilprosess*” at de reglene vi nå har i tvisteloven *i store trekk er de samme som vi hadde i tvangsfullbyrdelesloven av 1915*¹⁰.

Midlertidig sikring etter tvangsfullbyrdelesloven av 1992 og nå etter tvisteloven av 2005 har aldri blitt gjenstand for en bred og systematisk behandling. Den mest omfattende behandlingen av dette temaet finner vi i kommentarutgavene til tvangsfullbyrdelesloven fra 1992¹¹ og tvisteloven av 2005¹². Temaet behandles også i de to bøkene *Midlertidige forføyninger i norsk rett* av Pål Mitsem (1992) og *Sivilprosess* av Anne Robberstad (2009). I tillegg er temaet omhandlet i tidligere forarbeider, både til tvangsfullbyrdelesloven (1992)¹³ og i tvangsloven (1915) med kommentarer av Edvin Alten fra 1950.

¹⁰ Anne Robberstad, *Sivilprosess* s 149

¹¹ Skrevet av Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler

¹² Skrevet av Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordèn, Christian Reusch og Toril M. Øye

¹³ særlig i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)

Det finnes mye rettspraksis om midlertidig sikring og unntak fra kontradiksjon, men det er i hovedsak knyttet til behandling i lavere rettsinstanser. Det er forholdsvis lite rettspraksis knyttet til midlertidig sikring fra Høyesterett. Dette er naturlig da midlertidig sikring er en myndighetshandling som skjer tidlig i saksbehandlingen, i første instans, og som i mange tilfeller finner sin løsning både i muntlige forhandlinger på forhånd og i etterfølgende muntlige forhandlinger¹⁴. Å påklage en beslutning om midlertidig sikring til høyere rettsinstans vil oftest handle om det underliggende kravet og ikke om det faktum at sikringen først skjedde uten kontradiksjon.

En sak jeg refererer til i oppgaven, er en førsteinstanskjennelse fra den såkalte Boliviasaken¹⁵. Dette er en sak som fortsatt er aktuell og som ikke har funnet sin løsning. Utgangspunktet er tre norske jenter som ble pågrepet i Bolivia, mistenkt for smugling av narkotika. To av jentene sto i ettertid fram i flere medier med bilde og fullt navn, mens den tredje jenta ikke ønsket det. I en artikkel på VG-nett den 19. mai 2009 var alle tre jentene avbildet, usladdet og med fullt navn. På vegne av jenta som hadde forlangt anonymitet ble det sendt inn begjæring om midlertidig forføyning til Oslo byfogdembete. Bakgrunnen for forføyningen var at gjenkjenne og uriktig utsagn i nettartikkelen ville skade hennes videre liv og at artikkelen derfor måtte fjernes fra nettet. Begjæringen ble tatt til følge uten muntlige forhandlinger og VG-nett ble pålagt å sladde alle bilder av saksøker, samt ta bort hennes navn fra avisens nettsider. Saksøkte (VG) v/adv Cato Schjøtz begjærte 25. mai 2009 etterfølgende muntlige forhandlinger, som førte til at kjennelsen om midlertidig forføyning ble opphevet, da de muntlige forhandlingene førte til at retten mente at vilkårene for å begjære midlertidig forføyning ikke var til stede.

Selv om dette er en kjennelse i første instans er det en godt begrunnet kjennelse som er relevant å bruke som eksempel i oppgaven. Kjennelsen(e)¹⁶ beskriver på en god måte noe

¹⁴ Tvisteloven §§ 32-7 og 32-8

¹⁵ TOBYF-2009-81634

¹⁶ To kjennelser, en avsagt uten muntlige forhandlinger, en avsagt etter muntlige forhandlinger

av problematikken rundt midlertidig sikring, viktigheten av kontradiksjon og det faktum at grunnlaget for avgjørelse kan være svært forskjellig før og etter at saksøkte og andre med rettslig interesse har fått komme til orde og lagt fram sin sak.

Saken har også fått sitt etterspill. Den 25. oktober 2009 ble det kjent at redaktøren for VG-nett Espen Egil Hansen, etter anmeldelse til politiet, har blitt ilagt et forelegg på kr. 70.000 for ikke å ha etterkommet den første kjennelsen (som ble avsagt uten mulighet til kontradiksjon) raskt nok. I følge Hansen ble han gjort kjent med kjennelsen fredag kl. 1500 og navnet slettet fra nettet lørdag kl. 0900¹⁷.

2 MIDLERTIDIG SIKRING, ARREST OG MIDLERTIDIG FORFØYNING

2.1 Bakgrunn

Midlertidige ordninger har vært en del av vår rett langt tilbake i tid. Midlertidige ordninger er ment å sikre god gjennomføringsevne for de endelige avgjørelsene og fungere som en sikkerhetsventil for at rettskraftige avgjørelser kan gjennomføres i tråd med slutningen.

For eksempel kan en rettskraftig avgjørelse, som sier at en bil skal utleveres til saksøker, være umulig å effektivere fordi bilen i den tiden prosessen har pågått, kan ha blitt solgt, gjemt eller skadet. For å sikre at bilen kan utleveres på en god måte når rettskraftig avgjørelse foreligger, kan saksøker tidlig i prosessen begjære midlertidig sikring ved at bilen blir tatt ut av saksøktes besittelse og oppbevart på en trygg plass inntil saken er avgjort.

I sin bok om midlertidig forføyning i norsk rett skriver Pål Mitsem at *”regler om midlertidige ordninger har vi hatt i norsk rett fra den tidligste rett som er nedskrevet”*¹⁸.

¹⁷ E-post fra Espen Egil Hansen den 26.10.09

¹⁸ Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett, s 10

Det som kjennetegner midlertidig sikring er at det er en avgjørelse tidlig i prosessen, som skal sikre at det endelige utfallet av avtalen eller domstolsbehandlingen faktisk lar seg løse etter intensjonene. Midlertidig sikring er en mulighet loven gir til å sikre pengeverdier, verdipapir, bankkonti eller andre formuesgoder¹⁹, hindre eller begrense skade mens annen tvisteløsning pågår, før man får til en frivillig avtale eller klarer å skaffe seg gyldig tvangsgrunnlag²⁰ for sitt krav.

I motsetning til ved vanlig tvangsfullbyrdelse er det ved midlertidig sikring ikke krav om at den som begjærer (saksøkeren) har tvangsgrunnlag for hovedkravet²¹. I stedet kreves det at saksøkeren, som hovedregel, sannsynliggjør hovedkravet i sin begjæring²².

Midlertidig forføyning og arrest har mange fellestrekk, noe som gjenspeiles i ny tvistelov. I tillegg til spesifikke regler, har loven fått et eget kapittel med felles regelsett²³ for de to forretningstypene. Dette er en nyvinning.

2.2 Kort om forholdet til annen nasjonal lovgivning

Reglene om midlertidig forføyning har blitt utformet under påvirkning av regler fra andre land. Runa Bunæs m.fl. skriver at: ” *den gamle tvangsloven § 262 er mer eller mindre en direkte oversettelse av den Østerrikske tvangsfullbyrdsloven § 381* ”²⁴ og viser videre til Ot.prp. nr 1 (1917) s 4, 2. spalte.

¹⁹ ”Alt som kan omsettes i penger”

²⁰ Tvangsfullbyrdsloven kap 4

²¹ Thor Falkanger m.fl. Tvangsfullbyrdsloven kommentarutgaven bind II, 2. utgave s.805 3. avsnitt

²² Tvisteloven §§ 33-3, 34-2

²³ Tvisteloven kap 32

²⁴ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 31

Den danske rett

Den danske rettsplejelov har bestemmelser om arrest og forbud, såkalt fogdeforbud, jf. rettsplejeloven § 641²⁵. Rettsplejeloven omfatter det som i Norge er regulert i domstollov, tvistemålslov, tvangsfullbyrdelseslov og straffeprosesslov²⁶. Det som gjelder tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring er regulert i tredje bod, tredje afsnitt.

Det kan synes som om den danske form for arrest er forholdsvis lik den norske, men i motsetning til norsk rett stilles det ikke krav til at det for saksøktes vedkommende skal foreligge ”*særlig adferd som gir grunn til frykt*”²⁷, slik den norske tvl. § 33-2, første ledd legger opp til. Som nevnt over er den norske tvangsloven av 1915 basert på de østerrikske prosessregler. De danske regler om forbud er videreført fra den gamle norsk-danske rett, som eksisterte tidligere²⁸.

Den svenske rett

I den svenske rett er reglene om midlertidig sikring lagt til Rättegångsbalken og ikke til Utsökningsbalken²⁹. Dette er den samme løsning som nå er valgt i vår tvistelov, der regler om midlertidig sikring er overført fra tvangsfullbyrdelsesloven til den nye tvisteloven. Regler om arrest for sikring av domskrav finner vi i Rättegångsbalken, andra avdelning, 15. kapittel om kvarstad³⁰ m.m.³¹. Her finnes også regler om ”lämplig åtgärd”. Også de svenske reglene ligner på de norske, men ”kvarstad” (stå igjen) er et noe videre begrep enn arrest da det (i tillegg til pengekrav) også kan benyttes for eiendommer som en ønsker å ta hånd om for å sikre at det ikke gjøres faktiske eller rettslige disposisjoner som

²⁵ NOU 1999:27 pkt 9.3.3

²⁶ NOU 2001:32, pkt 24.4.1. s. 624

²⁷ Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett s. 32

²⁸ Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett s. 32

²⁹ Ot.prp. nr 51(2004-2005) s. 253

³⁰ **Kvarstad** er en avgjørelse som blant annet innebærer at en gjeldstynget person ved kjennelse i domstol helt eller delvis mister sin rett til å forføye over en viss del av sin eiendom. (fritt oversatt fra svensk Wikipedia)

³¹ NOU 2001:32 pkt 24.4.2 side 625

kan forringe verdien på eiendommen³². Bestemmelsen om ”lämplig åtgärd” i § 15:3 er i hovedsak lik den norske midlertidige forføyning.

Forbudsinstituttet

Historisk bygger reglene om midlertidig sikring, både i Norge og Danmark på et forbudsinstitutt. Dette kommer frem både i Magnus Lagarbøters landslov og Kong Christian den femtes Norske Lov. I Kong Christian den femtes Norske Lov om arrest og beslag står det;

”Med alle slags forbud, som gjøris enten ved Mænd eller Tinge, skal forholdis, ligesom med Arrest i alle Maader.”

I flg. Pål Mitsem gav eldre praksis inntrykk av at forbudsinstituttet ble fleksibelt praktisert og det ble stilt små krav til benyttelse av instituttet. Begrensingen lå likevel i at forbudsinstituttet, som ordet tilsier, bare kunne brukes til å forby visse handlinger (negativt) og ikke til positivt å pålegge handleplikter, slik vi blant annet gjør i norske rett i dag.

I Danmark bygger fortsatt reglene om midlertidig sikring på forbudsinstituttet, selv om det er gitt åpning for å kunne påby visse handleplikter jf. hovedbestemmelsen i § 641, men da må det samtidig nedlegges forbud³³.

I Sverige er den rettslige bakgrunn en annen³⁴. Bestemmelsene i svensk rett gjelder også i hovedsak nedleggelse av forbud, men reglene benyttes også til positive pålegg, som for eksempel at saksøkte blir pålagt å fjerne tømmerstokker som han tidligere har benyttet til å stenge en vei.

³² Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett, s. 33

³³ Pål Mitsem, Midlertidige forføyninger i norsk rett s.28-33

³⁴ Pål Mitsem, Midlertidige forføyninger i norsk rett s. 31, 3. avsnitt

2.3 Arrest

For å kreve tvangsfullbyrdelse av et pengekrav gjennom namsmyndighetene, er det en hovedregel at fordringshaveren først må erverve seg et gyldig tvangsgrunnlag.

Arrest er en sakstype (kalt forretning hos namsmannen) som gjelder midlertidig sikring av pengekrav³⁵, fortrinnsvis i private krav³⁶, der loven gir anledning til å fravike hovedregelen. Arrest kan begjæres uten gyldig tvangsgrunnlag på forhånd.

Formålet med å begjære arrest er å sikre kreditors pengekrav i påvente av en frivillig avtale/innbetaling eller et tvangskraftig/rettskraftig tvangsgrunnlag³⁷.

Vilkårene for å få arrest er at saksøker må sannsynliggjøre³⁸ overfor domstolen at det foreligger et krav og en sikringsgrunn³⁹. Mens kravet må kunne sidestilles med et rettskrav etter tvl. § 1-3, er sikringsgrunnen sterkt knyttet til saksøktes adferd, noe jeg vil redegjøre nærmere for under.

Tvl. § 33-2, første ledd oppstiller to alternativer der saksøktes adferd kan gi grunnlag for kjennelse om arrest. De to alternativene er når saksøktes adferd gir grunn til å frykte for at tvangsfullbyrdelse av kravet *”vil bli forspilt eller vesentlig vanskeliggjort”* eller når saksøktes adferd gir grunn til å tro at fullbyrdelsen *”må skje utenfor riket”*.

Virkningen av at det blir tatt arrest i formuesgode er at saksøkte mister retten til å råde over det arresterte formuesgode⁴⁰ og at rettsvern etableres i den tiden det tar å fremskaffe et

³⁵ Ot.prp. 51 (2004-2005) s 253, første spalte

³⁶ Tvl. § 33-1, andre ledd

³⁷ Tvangsfullbyrdselsloven kap 4

³⁸ Tvl. § 33-3

³⁹ Tvl § 33-1 og § 33-2

⁴⁰ Tvisteloven § 33-7, 1. ledd

tvangsgrunnlag. Rettsvern skjer enten ved tinglysing i realregister⁴¹, håndpant, tinglysing i VPS, notifikasjon i bank eller i løsreregisteret⁴² eller annen form for rettsvern, jf. tvflb. § 7-20. Rettsvern etableres i den hensikt at arresten skal kunne stå seg overfor godtroende tredjeperson⁴³, som måtte gjøre krav på angjeldende formuesgode.

For å hindre kompliserende panteheftelser i sine formuesgoder, som en arrest vil medføre, kan saksøkte stille sikkerhet for beløpet for å hindre at arresten gjennomføres⁴⁴.

Legger en den språklige betydning av ”midlertidig sikring” til grunn er virkningen av arresten ment å være tidsbegrenset. Dette kommer også frem i tvl. § 33-10. En forutsetter at arresten følges opp med senere utleggsforretning og at arresten bortfaller når utlegg tas i de arresterte formuesgoder⁴⁵. Alternativt bortfaller arrestvirkningen hvis kravet oppfylles eller at det ventes over en måned etter rettskraft med å begjære utlegg, jf. § 33-10, 1. ledd bokstav f.

Hvis kjennelsen oppstiller en frist og denne uten videre oversittes, bortfaller arresten, jf. samme paragraf bokstav b. Likevel oppstilles det i bokstav c en maksimalfrist for arrestvirkning på ett år etter avsigelsen av arrestkjennelsen, dersom ingen frister er oppstilt eller nye skritt er tatt for å begjære utlegg.

Et annet eksempel på at en arrest bortfaller er når ny kjennelse etter etterfølgende muntlige forhandlinger opphever den første kjennelsen. Det opplevde vi i den såkalte Terrasaken⁴⁶. Det var en sak der 8 kommuner i Norge begjærte arrest for inntil 600 millioner kroner i formuesgoder tilhørende to meglere i Terra Securities ASA, og i formuesgoder tilhørende

⁴¹ Tvangsfullbyrdsesloven § 1-8, første ledd

⁴² Tvangsfullbyrdsesloven § 7-20

⁴³ Lov om godtroerhverv § 1

⁴⁴ Tvisteloven § 33-5, tredje ledd

⁴⁵ Tvisteloven § 33-10, 1. ledd bokstav a

⁴⁶ Oslo byfogdembete sak nr 07-181510TVA-OBIF/2

deres investeringsselskaper. Bakgrunnen var at de to meglerne, gjennom Terra Securities ASA, blant annet hadde solgt finansielle produkter til fire kommuner i Nordland og bistått fire kommuner i Sør-Norge med lån, som ble ment å være i strid med kommunelovgivningen. Hensikten var å maksimere avkastning bl.a. på fremtidige kraftinntekter og aksjeutbytte. De finansielle produktene til kommunene i nord var knyttet til obligasjoner som var linket til en låneportefølje blant annet bestående av amerikanske kommunelån. For kommunene i sør var det lån (etablert av Terra) påstått å være i strid med kommuneloven § 50 nr 1 og § 52 nr 3, som var stridens kjerne. Lånene var ”rullet” inn i såkalte CLN-obligasjoner. Felles for alle kommunene var at de som følge av finansiell nedgang i USA og verden for øvrig fikk en verdinedgang i obligasjonene og tapene ble krevd innfridd. Kommunene mente de to meglerne var personlig ansvarlig for kommunenes tap. I en komplisert sak med en vanskelig bevisbyrde vil det naturlig ta lang tid før en rettskraftig dom kan foreligge. I dette tilfellet ønsket kommunene raskt å få kontroll over formuesgoder tilknyttet de to meglerne og deres investeringsselskaper, i påvente (håp) av en senere hovedforhandling. Tønsberg tingrett tok først kommunenes begjæring om arrest til følge⁴⁷ for den av meglerne som hadde verneting⁴⁸ i Tønsberg. Kjennelsen ble avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger og arrest ble etablert i saksøktes formuesgoder.

Det ble raskt begjært etterfølgende muntlige forhandlinger overfor Tønsberg Tingrett, men saken ble i medhold av domstolloven § 38 overført til Oslo Byfogdembete for videre behandling sammen med begjæring av arrest mot den andre megleren i Terra Securities ASA, som hadde verneting i Oslo. Ved kjennelse i Oslo Byfogdembete fikk kommunene ikke medhold i sitt arrestkrav⁴⁹ og den første kjennelsen ble opphevet og de arresterte formuesgodene frigitt.

⁴⁷ Kjennelse av 6.12.2007 (ikke publisert i Lovdata)

⁴⁸ Tvisteloven § 4-4

⁴⁹ Kjennelse av 4.1.2008 - ikke publisert

2.4 Midlertidig forføyning

Hovedregelen, som ved pengekrav, er at det skal foreligge et gyldig tvangsgrunnlag før tvangsfullbyrdelse kan begjæres⁵⁰. Midlertidig forføyning er imidlertid en mulighet loven oppstiller for en saksøker til å fravike hovedregelen slik at en prosess kan ”fryses” eller formuesgoder kan sikres, i påvente av en endelig avtale eller et gyldig tvangsgrunnlag.

Det som skiller midlertidig forføyning fra arrest er i hovedsak at kravet nettopp går ut på noe annet enn penger. Der arrest retter seg mot pengekrav jf. tvangsfullbyrdsesloven kap. 7, så retter midlertidig forføyning seg mot alt annet enn penger, jf. tvangsfullbyrdsesloven kap. 13. I sine underavsnitt nevner tvfbl. kap. 13 noen vanlige former for krav ved midlertidig forføyning, som utlevering av løsøre, tilbakelevering og gjennomføring av tvangssalg løsøre, fravikelser og andre handleplikter og unnlateses- og tåleplikter⁵¹. Det er nesten ingen grenser for type saksforhold som kan bli gjenstand for en midlertidig forføyning.

Formålet med midlertidig forføyning er lite nevnt og ikke særlig presist formulert i juridisk litteratur. I Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) er formålet formulert slik: *”Formålet med instituttet er å gi en rettighetshaver mulighet til rask hjelp fra namsmyndighetene for å få sikret et krav som denne mener å ha, eller å få gjennomført med tvang en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold”*.

Formålet med midlertidig forføyning er noe mer sammensatt enn ved arrest, noe som gjenspeiler seg i tvl. § 34-1, første ledd bokstav a og b, som regulerer ulike hendelsesforløp. Dette vil jeg komme tilbake til i egen behandling under.

De underliggende vilkårene for å begjære midlertidig sikring er i utgangspunktet det samme som for arrest. Det må sannsynliggjøres et krav og en sikringsgrunn⁵².

⁵⁰ Tvangsfullbyrdsesloven § 4-1, første ledd

⁵¹ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 305

⁵² TvL. §§ 32-1, andre og tredje ledd og 33-2 og 34-1

Et klassisk eksempel på en midlertidig forføyning er en nabo tvist om veirett som ”løses” ved at den ene naboen (saksøkte) stenger ute den andre (saksøker) fra sin eiendom ved å plassere store steiner i veien. Dette kan være som følge av at den ene naboen (saksøkte) enten ønsker å fremtvinge en reaksjon på en tvist om en servitutt⁵³ hos motparten (saksøker) eller at saksøkte på egenhånd forsøker å etablere en rettstilstand i et forhold det står tvist om. Saksøker får dermed ikke fysisk tilgang til sin egen eiendom og må begjære midlertidig forføyning overfor tingretten for om mulig få tilgang til eiendommen mens saken blir avgjort på vanlig måte i rettsapparatet. Tingretten kan så beslutte⁵⁴, om nødvendig uten at saksøker blir gjort kjent med begjæringen⁵⁵, at saksøker skal ha tilgang til eiendommen mens saken avgjøres. Namsmannen får vanligvis i oppgave å effektivisere forføyningen.

Et noe kuriøst eksempel på bruk av instituttet midlertidig forføyning finner vi i Rt. 1949 side 16. Her var det en ektefelle som rett etter krigen kom hjem fra et utenlandsopphold og fant ekteparets leilighet bebodd av mannen og hans nye venninne. Etter først å ha fått avslag i namsretten, fikk hun medhold i sin begjæring om midlertidig forføyning som gikk ut på at hun selv og parets barn skulle få flytte inn i leiligheten og at venninnen skulle flytte ut, om nødvendig med politiets hjelp, inntil en rettslig avgjørelse om samlivsforholdet forelå.

En kjennelse om midlertidig forføyning skal som hovedregel være en fullbyrdeskjennelse⁵⁶, da slike saker i hovedsak handler om uoppfylte plikter. Kjennelsene må være slik utformet at det klart må fremgå hva forføyningen går ut på og hva som skal fullbyrdes. Likevel vil det i noen tilfeller ikke være noe å fullbyrde. Der eiendomsretten bestrides er det mulig for saksøker å få en midlertidig forføyning som for

⁵³ for eksempel en veirett eller gangrett – jf. lov av 29. nov. 1968

⁵⁴ jf. tvisteloven § 32-7, andre ledd

⁵⁵ tvl. § 32-7, annet ledd

⁵⁶ Jo Hov, Rettergang III, s. 24 og 25

eksempel forbyr jakt eller vedhogst inn til saken endelig avklares⁵⁷. I slike tilfeller er det i prinsippet ikke noe å fullbyrde.

Virkningslengden av en midlertidig forføyning er noe forskjellig fra en arrest. En virkningsbegrensning (ett år) som i tvl. § 33-10, 1. ledd bokstav c gjelder for eksempel ikke for midlertidig forføyning. Det kan faktisk være at den etablerte midlertidige forføyningen, i motsetning til en arrest, blir den endelige ordningen⁵⁸. Blir det satt en frist i kjennelsen om midlertidig forføyning faller virkning bort på samme måte som ved arrest.

Av hensyn til oppgavens omfang finner jeg ikke grunn til å gå inn på de særegne regler for arrest eller midlertidig forføyning som gjelder arrest i skip, utreiseforbud og importkontroll for å sikre immaterialrettigheter.

2.5 Tvangsgrunnlag

I ”normal” tvangsfullbyrdelse kan ingen saker (forretninger) gjennomføres av namsmannen eller tingretten uten et tvangskraftig eller rettskraftig tvangsgrunnlag. Vi skiller mellom alminnelige tvangsgrunnlag, jf tvfbl. § 4-1, 2. ledd bokstavene a-h og de særlige tvangsgrunnlagene, jf. tvfbl. § 4-1, 5. ledd. De alminnelige tvangsgrunnlagene er grunnlag for alle typer krav som fremmes gjennom namsmannen, mens de særlige tvangsgrunnlagene er spesielt knyttet til forskjellige typer krav og er nevnt i forbindelse med hvert aktuelle kapittel i tvangsfullbyrdesloven. For eksempel er tvangsgrunnlag for pengekrav oftest en dom⁵⁹ i forliksråd/domstol (alminnelig tvangsgrunnlag) eller et eksigibelt gjeldsbrev⁶⁰ (særlig tvangsgrunnlag).

⁵⁷ Jo Hov, Rettergang III, s. 401

⁵⁸ Runa Bunæs m.fl. Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 305, pkt. 12.2.

⁵⁹ Tvangsfullbyrdesloven § 4-1

⁶⁰ Tvangsfullbyrdesloven § 7-2 bokstav a

Rettens beslutning om midlertidig sikring er en kjennelse, jf. tvl. § 32-7, første ledd og inngår som et alminnelig tvangsgrunnlag jf. tvfbl. § 4-1 første ledd bokstav a. En beslutning i tingretten, om midlertidig sikring, uten kontradiksjon, vil altså danne et alminnelig tvangsgrunnlag for namsmannen (i noen tilfeller for tingretten) til å gjennomføre forholdsvis inngripende myndighetshandlinger mot enkeltmennesker.

Normalt kan en kjennelse ikke tvangsgjennomføres før den er forkynt⁶¹ og/eller oppfyllelsesfristen gått ut⁶², men dette gjelder ikke for kjennelser om arrest eller midlertidig forføyning⁶³. Ved midlertidig sikring er det nok at forkynning utstår til gjennomføringen eller straks etterpå⁶⁴. Disse bestemmelsene er medvirkende til å innskrenke saksøktets mulighet for kontradiksjon i forbindelse med avgjørelser som kan være svært inngripende for han.

Selv om kjennelser om midlertidig sikring er tvangskraftige straks, finner jeg grunn til kort å nevne at en kjennelse kan være tvangskraftig selv om den ikke er rettskraftig. Kjennelsen må likevel være forkynt og/eller at oppfyllelsesfristen er oversittet⁶⁵. En kjennelse er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler⁶⁶. Ankefristen er en måned hvis ikke annet er bestemt ved lov⁶⁷. Når vi vet at oppfyllelsesfristen er satt til 14 dager⁶⁸ vil altså tvangskraft i noen tilfeller inntre før rettskraft. Det kalles foregripet tvangskraft⁶⁹. Dommen/kjennelsen vil da gjelde pengekrav og tjene til sikkerhet for kravet,

⁶¹ Tvangsfullbyrdsesloven § 4-13, 1.ledd

⁶² Tvangsfullbyrdsesloven § 4-13, jf. tvl. § 19-7

⁶³ Jf. tvl. §§ 33-5, 1. pkt og 34-4, første ledd skal gjennomføringen skje ”straks”

⁶⁴ Tvisteloven § 33-5 2. ledd, 2. pkt og § 34, 3.ledd, 2. pkt

⁶⁵ Tvangsfullbyrdsesloven § 4-13

⁶⁶ Tvisteloven § 19-14, 1. ledd

⁶⁷ Tvisteloven § 29-5, 1. ledd

⁶⁸ Tvisteloven § 19-7, første ledd siste punktum

⁶⁹ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s.80 pkt. 3.4.3.2

men kravet kan ikke søkes dekket på dekningsstadiet før rettskraftig dom/kjennelse foreligger⁷⁰.

Som nevnt over er det ikke krav om tvangs - eller rettskraftig tvangsgrunnlag for å begjære midlertidig sikring. Dersom saksøker likevel har et tvangskraftig tvangsgrunnlag for kravet vil han vanligvis ikke nå frem med krav om midlertidig sikring⁷¹. I slike tilfeller vil det uansett være mer effektivt å benytte vanlige regler i tvangsfullbyrdelsesloven, der det gis mulighet til både å ta saken utenom tur, fravike varsling og underretning til saksøkte dersom vilkårene er til stede⁷². I unntakstilfeller kan en imidlertid nå frem med krav om midlertidig sikring dersom faren er overhengende og en ikke har tid til å vente på vanlig tvangsfullbyrdelse⁷³.

2.6 Nærmere om vilkår for å begjære midlertidig sikring

Jeg vil her ta for meg de vilkår tvisteloven oppstiller for å begjære midlertidig sikring. De grunnleggende vilkår, både for arrest og midlertidig forføyning, er at det må sannsynliggjøres at det finnes et krav og en sikringsgrunn for kravet.

Må foreligge et krav

I saker om midlertidig sikring er det et vilkår at det foreligger et underliggende krav⁷⁴. Det underliggende kravet kan ha sitt utspring i nesten hva som helst, men en begrensning er at det må være mulig å få dom for kravet⁷⁵.

Ved arrest er det et vilkår at det underliggende kravet er et pengekrav. Er kravet noe annet enn krav om penger skal begjæringen avvises⁷⁶. Arrestkravet kan være tilbakebetaling av

⁷⁰ Tvangsfullbyrdelsesloven § 4-12

⁷¹ Schei m.fl. s. 1162

⁷² Tvfb. § 7-6, 7-10,

⁷³ Schei m.fl. s. 1162

⁷⁴ Tvisteloven §§ 32-1, andre og tredje ledd

⁷⁵ Falkanger m.fl. 4. utgave s. 1013

lån, en ubetalt kjøpesum, et erstatningskrav eller misligholdt offentlig avgift. Kravet trenger ikke å være forfalt og kan være beheftet med ulike bindinger. Vilåret er at de påhvilende betingelser ikke gjør kravet verdiløst.

En begrensning for bruk av arrest finner vi i tvisteloven § 33-1, andre ledd, som sier at begjæring om arrest for pengekrav ikke kan fremsettes overfor det offentlige. En slik begrensning gjelder ikke for begjæring om midlertidig forføyning⁷⁷.

For midlertidig forføyning kan kravet være alt annet enn penger. Begrensningen er også her at det må kunne gis dom for kravet⁷⁸. Krav om midlertidig forføyning er oftest knyttet til utlevering av løsøre og verdipapirer, fravikelse av fast eiendom, sikkerhetsstillelse og andre handle- og tåleplikter. Det er likevel ikke anledning til å bruke midlertidig forføyning til å hindre rettergangsskritt eller å kreve forvaltningsvedtak med et bestemt innhold⁷⁹.

Tvistelovens prosessforutsetninger gitt i kapittel 1 gjelder også for midlertidige forføyninger⁸⁰. Jf. tvl. § 1-3 må en sak, også om midlertidig forføyning, være ett rettskrav. Mye tyder på at "krav" i tvl. § 32-1 må sidestilles med prosessforutsetningen "rettskrav" i tvl. § 1-3 og at krav ved midlertidig sikring dermed må begrenses mot at det bare kan tas ut søksmål for domstolene om rettslig regulerte spørsmål. Dette underbygges også av Falkanger med fl. i sin kommentarutgave til tvangsfullbyrdelsesloven⁸¹.

Reglene om midlertidig forføyning kan anvendes til å sikre de fleste krav som ikke gjelder pengekrav. Likevel finnes det egne rettsområder der krav i ulik grad er forenelig med krav

⁷⁶ Thor Falkanger m.fl. 4. utgave s. 1010

⁷⁷ Jo Hov, Rettergang III, s. 401

⁷⁸ Bl.a. Runa Bunæs m.fl. s. 307

⁷⁹ Runa Bunæs m.fl. s. 307 med videre henvisninger

⁸⁰ Tvisteloven § 32-2

⁸¹ Thor Falkanger m.fl. 2. utgave s 882 "dog gjelder den begrensning at det må være mulig å få dom for kravet"

om midlertidig forføyning etter tvistelovens regler. Slike særlige regler om midlertidig forføyning finnes blant annet i husleieloven, skifteloven, ekteskapsloven og barneloven. I slike tilfeller må det i hver enkel sak foretas en tolkning av loven for å avgjøre hvilket forhold som gjelder mellom særloven og tvistelovens regler om midlertidig forføyning⁸².

I lov om offentlige anskaffelser, hvor det i § 8 første ledd er bestemt at det ikke er anledning til å benytte midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, er dette en uttømmende regel som ikke trengs å tolkes mot tvistelovens bestemmelser. En viktig begrensning er likevel at det ikke kan være adgang til å treffe en avgjørelse av en forføyning som ikke kan gjenopprettes (er irreversibel)⁸³.

Et eksempel på en vurdering av kravet finner vi i en kjennelse om midlertidig sikring fra Borgarting lagmannsrett⁸⁴, avsagt 25. september 2006. Kravet var her at saksøker ville stanse en sending av programmet ”Brennpunkt” i NRK om etterforskningsmetoder i NOKAS-saken. Saksøkeren mente at programmet blant annet ville avsløre saksøkeren som politiinformant og dermed sette hans liv i fare. Saksøkeren fikk først medhold for sitt krav i Oslo byfogdembete. Etter en vurdering om programmet inneholdt ytringer som isolert sett var rettstridige eller om NRK på noen måte kunne gjøres rettslig ansvarlig i ettertid, kom imidlertid lagmannsretten frem til at det ikke var påvist at saksøkeren hadde noe *krav* på at programmet skulle stanses. Oslo byfogdembetes kjennelse⁸⁵, som hadde vurdert dette annerledes ble opphevet. Kravet ble senere vurdert av Høyesterett⁸⁶, som kom til samme resultat, dog med en større vektlegging i argumentasjonen på begrenset bruk av midlertidig forføyning i saker om ytringsfrihet.

⁸² Thor Falkanger m.fl. 4. utgave s 1150 og 1151

⁸³ Jo Hov, Rettergang III, s 406

⁸⁴ LB-2006-65279

⁸⁵ TOBYF-2005-138068

⁸⁶ HR-2007-506-A, Rt-2007-404

Jeg ønsker også å nevne at forvaltningsloven § 42 jf. § 27, tredje ledd, gir forvaltningsorganet mulighet til å beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen avgjort. Samme paragraf gir også forvaltningsorganet en mulighet til å utsette iverksettelsen av vedtaket til det foreligger en rettskraftig dom. Både Falkanger m.fl. og Anne Robberstad mener likevel at disse reglene ikke er til hinder for å kreve midlertidig forføyning om ellers andre vilkår er oppfylt ⁸⁷.

Må foreligge en sikringsgrunn

I tillegg til at det må foreligge et krav må det i begjæringen om midlertidig sikring også angis en sikringsgrunn⁸⁸. Det vil si at en må argumentere for at situasjonen er så spesiell at det kan rettferdiggjøre det å fravike vanlige saksbehandlingsregler.

Arrest

I forarbeidene til tvangsfullbyrdsloven (1992) om sikringsgrunn for arrest⁸⁹ sies det at; *”det må på grunnlag av skyldnerens adferd foreligge en konkret grunn til å tro at denne ved sine disposisjoner vil bringe fordringshavernes mulighet for tvangsfullbyrdsing av kravet i fare”* og at *”også isolert sett fullt ut rettmessige handlinger kan gi grunnlag for arrest når de medfører fare for saksøkers dekningsmuligheter”*⁹⁰.

Sikringsgrunnen for arrest er sterkt knyttet til saksøktes adferd. I tvisteloven § 33-2, første ledd sies det at arrest kan besluttes når *”skyldnerens adferd gir grunn til å frykte for at tvangsfullbyrdelse av kravet ellers enten vil bli forspilt eller vesentlig vanskeliggjort, eller må skje utenfor riket.”*

Etter det første alternativet i bestemmelsen, *grunn til å frykte at vanlig tvangsfullbyrdelse blir forspilt eller vesentlig vanskeliggjort*, blir det en samlet vurdering av skyldnerens

⁸⁷ Thor Falkanger m.fl. 2008 s. 1017 og Anne Robberstad Sivilprosess s 154

⁸⁸ Tvisteloven § 32-1 jf. § 33-2 og § 34-1

⁸⁹ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s.274

⁹⁰ Ot. prp. nr 65 (1990-1991) s 273 og 274

adferd⁹¹ og om saksøkeren, som følge av saksøktes adferd, vil få problemer med å finne noe av verdi ved en senere utleggsforretning. Både saksøktes forutgående adferd og adferd ved etablering av hovedkravet kan vurderes, men også etterfølgende adferd kan være grunn for å sikre et krav med arrest⁹².

Eksempler på slik adferd kan være at saksøkte forsøker å overføre eller selge formuesgoder eller forsøker selv på nye låneopptak med sikkerhet i egne formuesgoder med ledig pantverdi. Dette vil kunne forringe kreditors mulighet til å få dekning for sitt misligholdte krav. Et eksempel på adferd ved etablering av hovedkrav som kan gi arrestgrunn er tyveri fra arbeidsgiver der arbeidsgiver ønsker arrest som sikkerhet for eventuelt erstatningskrav. Et eksempel på forutgående adferd som grunn for arrest finner vi i Rt. 1982 s. 238. Her er ikke adferd som kan skape frykt påvist etter at kravet er etablert. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler følgende:

”Etter utvalgets oppfatning beror det ikke på uriktig tolking av tvangsfullbyrdelsesloven § 245 når det ved vurderingen er tillagt betydning at den kjærende part er anmeldt for omfattende misligheter. Selv om det etter etableringen av arrestkravet ikke er påvist en atferd som særskilt gir grunn til å frykte for at tvangsfullbyrdelse vil bli forspilt eller i vesentlig grad vanskeliggjort, kan de forhold som har foranlediget arrestkravet i seg selv være egnet til å skape slik frykt.”

Den alternative sikringsgrunnen etter første ledd er når en frykter at tvangsfullbyrdelsen av pengekravet må skje i utlandet. Her er det ingen krav knyttet til mulighetene for dekning. Internasjonale avtaler⁹³ har ført til at vi i dag har gode rutiner på slik gjennomføring med våre nærmeste samarbeidsland, og det kunne, etter min mening, vært naturlig med en nyansering av kravet til dekning avhengig av inngåtte avtaler med det aktuelle landet og

⁹¹ Thor Falkanger m.fl. 2008 s 1091 pkt 5.3

⁹² Thor Falkanger m.fl. 2008, s 1088 og 1089

⁹³ Særlig Luganokonvensjonen - lov 8. januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker

mulighetene for innkreving for øvrig. Sikringsgrunnen ”frykt for at fullbyrdelsen må skje i utlandet” må likevel sees i sammenheng med saksøktes adferd⁹⁴. At fullbyrdelsen må skje i utlandet er altså ikke alene en tilstrekkelig sikringsgrunn ved arrest.

Et eksempel på rettens vurdering av sikringsgrunn finner vi i de to kjennelsene i Terrasaken. I Terrakjennelsen (I) fra Tønsberg tingrett mente retten at det forelå sikringsgrunn for arrest basert på saksøktes adferd forut for begjæringen og viste bl.a. til at saksøkte allerede hadde overført betydelige private midler over til sine private investeringselskaper og derved vist en adferd som kunne medføre at det kunne bli vanskelig å inndrive et eventuelt rettskraftig krav.

I den andre kjennelsen (II), etter bl. a. etterfølgende muntlige forhandlinger, avslø imidlertid Oslo byfogdembete ved kjennelse av 4.1.2008, begjæringen om arrest fra de åtte Terra-kommunene i formuesgoder tilhørende to finansmeglere og deres investeringselskaper, da en ikke kunne se at det fantes en sikringsgrunn. Retten begrunnet det bl.a. med at; *”De saksøkte meglere har drevet virksomhet som er blitt kritisert, men de har aldri hatt noe ønske om at andre skal lide tap”*⁹⁵.

I kjennelsen (II) sier Oslo byfogdembete videre at *”dersom en slik adferd skal være relevant, vil det i praksis være tale om grove handlinger, gjerne vinningsforbrytelser, som direkte indikerer at vedkommende er troende til å unndra seg sin forpliktelse.”*

Retten mente at saksøktes adferd ikke tydet på at de ønsket å unndra formuesgoder for dekning av et eventuelt senere erstatningskrav⁹⁶.

Jeg vil hevde at uttalelsen fra Oslo byfogdembete står noe i motsetning til uttalelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i en kjennelse gjengitt i Rt. 1978 s. 1339, om at *”rettstridige disposisjoner som saksøkte hadde foretatt kunne sees som et uttrykk for en holdning hos*

⁹⁴ Tore Schei m.fl.s 1503 –1504 pkt 2.4

⁹⁵ Sak 07-181510TVA-OBYP/2, 4. januar 2008 s. 16 ikke tatt inn i Lovdata

⁹⁶ Sak 07-181510TVA-OBYP/2, 4. januar 2008 s 16, upublisert

debitor som kan gi grunn til å frykte for at tvangsfullbyrdelsen vil bli forsilt eller vesentlig vanskeliggjort”.

Språklig tolket skulle det være klart at bagatellmessige hindringer ikke er nok når vi snakker om begrepet ”*vesentlig vanskeliggjort*”. Jf. uttalelsene over kan det synes noe uavklart hvor høy terskel som legges til grunn for ”*vesentlig vanskeliggjort*” og at det kan ligge til rette for et forholdsvis romslig skjønn.

Midlertidig forføyning

Sikringsgrunn ved midlertidig forføyning er en forholdsvis omfattende drøfting, men av hensynet til oppgavens omfang vil jeg her ta for meg det jeg mener er mest relevant.

Sikringsgrunnen ved midlertidig forføyning finner vi i tvl. § 34-1, første ledd, bokstav a og b og som ved arrest er sikringsgrunnen i hovedsak sterkt knyttet til saksøktes adferd.

I bokstav a settes det som vilkår for å begjære midlertidig forføyning at saksøktes adferd fører til at ”*forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort*”. Behovet for midlertidig forføyning etter tvl. § 34-1 bokstav a må skyldes saksøktes adferd⁹⁷. Her vil for eksempel vilkåret kunne være oppfylt dersom saksøkte starter et byggearbeid som stenger en lovlig veirett (servitutt) for saksøkeren. Saksøktes adferd vil her kunne hindre ”*gjennomføringen*” av kravet og en sikringsgrunn jf. bokstav a vil foreligge.

Det andre alternativet i bokstav a kan illustreres ved at saksøker i en skilsmisssak kan oppnå en fullbyrdsdom om å få utlevert et fotoalbum med familiebilder. Dersom saksøkte forsøker å sende fotoalbumet til venner i utlandet for å unndra seg fullbyrdelse av dommen vil det være en adferd som kan underbygge en begjæring om midlertidig sikring i

⁹⁷ Tore Schei m.fl. s 1558

påvente av rettskraftig dom. I motsetning til alternativet over er det her selve ”forfølgningen” av kravet som blir vanskeliggjort og ikke ”gjennomføringen”.

I bokstav b avviker loven fra prinsippet om saksøktes adferd i bokstav a. Loven oppstiller her en sikringsgrunn for å få midlertidig forføyning når det er nødvendig med en midlertidig ordning i ett omtvistet rettsforhold for å ”avverge en vesentlig skade eller ulempe”. Her er det nok at det argumenteres med et ”sterkt behov” for midlertidig sikring⁹⁸ og behovet behøver altså ikke være knyttet til saksøktes adferd. Et eksempel er gjengitt i Rt. 2000 side 1293 som omhandlet aksjonærrettigheter der saksøkerne begjærte midlertidig forføyning mot et aksjeselskap for å bli gjeninnført i aksjonærboken. Kravet handlet i utgangspunktet om salg av aksjer var gyldige, jf. tidligere inngått avtale.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at:

”Dersom kravet fører fram i domstolen, vil de kjærende parter fortsatt ha fulle rettigheter som aksjeeiere. De organisatoriske rettighetene til en aksjeeier vil i et tilfelle som det foreliggende kunne være av vesentlig betydning. Særlig gjelder dette retten til å delta og stemme i generalforsamlingen og rettigheter etter aksjelovens bestemmelser om beskyttelse av aksjeeier. Den gjenværende aksjeeier kan påføre de kjærende parter skade ved eksempelvis i generalforsamling å beslutte å forhøye aksjekapitalen ved nytegning av aksjer. Dette tilsier at erververen av aksjene ikke bør ha adgang til gjennom selskapets organer å utelukke tidligere oppførte aksjeeiere i de tilfeller det etter tvangsfullbyrdelsesloven § 15-6 kan sannsynliggjøres at overdragelsen ikke er bindende, eller det er fare ved opphold.”

Kjæremålsutvalget mente at en midlertidig forføyning i et slikt tilfelle var egnet til å avverge skade eller ulempe, men bygde ikke sikringsgrunnen på saksøktes adferd.

⁹⁸ Runa Bunæs m.fl. s 309

Tvl. § 34-1, bokstav b oppstiller også en alternativ sikringsgrunn for å *”hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for”*. Dette vilkåret i bokstav b er igjen knyttet til saksøktes adferd, noe som også understrekes i forarbeidene⁹⁹ der det nevnes at saksøktes adferd bare er relevant ved vurderingen av å *”hindre voldsomheter”* og ikke relevant for det forrige alternativet *”vesentlig skade eller ulempe”*. Schei m. fl. mener det må foreligge konkrete holdepunkter for at *”voldsomheter”* kan skje og det må fremstå som en realistisk mulighet¹⁰⁰.

En forskjell mellom tvl. § 34-1 bokstav a og b, som er verdt å nevne, er at bokstav a ikke gir hjemmel for *”foregrepet fullbyrdelse”*. Bakgrunnen er at i noen tilfeller kan kravet om midlertidig forføyning falle sammen med hovedkravet, slik at en gjennomføring av en midlertidig forføyning faktisk er en foregrepet gjennomføring av hovedkravet. Et eksempel kan være overlevering av en bil. En slik foregrepet fullbyrdelse kan derimot gjennomføres etter bokstav b, *”en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold”*.¹⁰¹

Jeg vil også å nevne at hvis *”skaden”* har inntruffet og det ikke er fare for at ytterligere *”skader”* vil skje, vil det ikke foreligge en sikringsgrunn¹⁰².

Både krav og sikringsgrunn må være sannsynliggjort¹⁰³

Hovedregelen er at det ved kjennelser om midlertidig sikring, både for krav og sikringsgrunn, kreves sannsynlighetsovervekt (50 %), noe som støttes både av Bunæs m.fl.¹⁰⁴ og Schei m.fl.¹⁰⁵. Imidlertid bør kravet til sannsynliggjøring sees i sammenheng med beviskravet til en eventuell pådømmelse av hovedkravet. Schei m.fl. mener det kan

⁹⁹ Ot. prp. nr 65 (1990-1991) s 292

¹⁰⁰ Tore Schei m.fl. s 1562

¹⁰¹ Thor Falkanger m.fl. 4. utgave s 1154 og 1155

¹⁰² Rt. 2000 s. 503, (stansing av garasjebygg)

¹⁰³ Tvisteloven §§ 33-2 og 34-2

¹⁰⁴ Runa Bunæs m.fl. Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning s. 310

¹⁰⁵ Tore Schei m.fl. Tvisteloven, kommentarutgave Bind II s. 1564 og 1565

virke kunstig å anse sannsynliggjøringen som oppfylt (50 %) dersom det på grunn av høyere beviskrav til hovedkravet i en hovedforhandling er åpenbart at kravet ikke vil føre frem¹⁰⁶. Bunæs m.fl. uttrykker det slik; *”Hvor det unntaksvis stilles andre krav til sannsynliggjøring for å oppnå dom må dette også gjelde for midlertidig sikring”*.

Et unntak fra hovedregelen finner vi i tvl. § 34-2, annet ledd. Selv om kravet ikke er sannsynliggjort, men at det godtgjøres at dersom begjæringen om midlertidig sikring ikke blir gjennomført vil det være, *”fare ved opphold”*¹⁰⁷, kan likevel midlertidig sikring besluttet, men da skal retten bestemme at saksøker må stille sikkerhet¹⁰⁸. Vilkåret for *”fare ved opphold”* tilsvarer vilkåret for å avsi kjennelse uten forutgående muntlige forhandlinger¹⁰⁹, noe jeg kommer tilbake til senere i oppgaven.

I forarbeidene¹¹⁰ til tvangsfullbyrdsloven (1992) går det frem at dersom det vil være av stor viktighet for saksøker å få en midlertidig sikring for sitt krav, samtidig som at den midlertidige sikringen åpenbart vil få like store skadevirkninger for saksøkte, vil ikke hovedregelen om at kravet må sannsynliggjøres kunne fravikes.

Et annet unntak fra hovedregelen er at det i tvl. § 34-1 bokstav b ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at saksøktes adferd vil medføre voldsomheter¹¹¹.

I forbindelse med *foregrepet fullbyrdelse* vil også vurdering knyttet til sannsynlighet for kravet trolig være forskjellig fra hovedregelen. Høyesteretts kjæremålsutvalg¹¹² sier i en kjennelse om hvorvidt en utlending, gjennom begjæring om midlertidig forføyning, skal

¹⁰⁶ Tore Schei m.fl. Tvisteloven, kommentarutgave s 1565, andre avsnitt

¹⁰⁷ Tvisteloven §§ 33-3, 2- ledd og 34-2, 2. ledd

¹⁰⁸ Tvisteloven § 33-3, 2. ledd og 34-2, 2. ledd

¹⁰⁹ Thor Falkanger m.fl. 4. utgave s. 1172 pkt. 6

¹¹⁰ Ot.prp. nr 65 (190-1991) s. 293

¹¹¹ Tore Schei m.fl. s. 1562

¹¹² Rt. 2001 s 295

kunne få bli i Norge (mulig foregrepet fullbyrdelse av kravet), at ”*kravet til sannsynliggjøring i tvangsfullbyrdsloven § 15-6¹¹³ må forstås slik at dersom det foreligger rimelig tvil om avgjørelsen av hovedkravet, vil det neppe være grunnlag for å la avgjørelsen få foregrepet virkning*”. Dette vil i så fall bety at dersom det finnes *rimelig tvil* rundt avgjørelsen av hovedkravet, vil det trolig ikke være grunn for å avsi en kjennelse om midlertidig forføyning som vil lede til *foregrepet fullbyrdelse*.

Proporsjonalitetsvurdering

Et viktig vilkår for å beslutte midlertidig forføyning finner vi i tvl. § 34-1, 2. ledd. Denne bestemmelsen er en grunnsetning om proporsjonalitet¹¹⁴ og ble første gang oppstilt i tvangsfullbyrdsloven i 1992.

Regelen innebærer at domstolen, uavhengig av oppstilte vilkår, skal foreta en konkret, helhetlig vurdering av saken, der de skadene og ulempene som saksøkte kan bli påført må veies mot saksøkerens interesse ved å oppnå en midlertidig forføyning.

Selv om alle vilkår for midlertidig forføyning foreligger, skal altså ikke retten beslutte midlertidig sikring av kravet dersom; ”*den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyningen blir besluttet*”¹¹⁵.

Et eksempel her er en kjennelse gjengitt i Rettens Gang 1994 s. 512 fra Nordmøre¹¹⁶ der en grunneier krevde midlertidig forføyning om umiddelbart å flytte et oppdrettsanlegg som lå rett utenfor saksøkerens eiendom. Selv om alle vilkår ellers var tilfredstilt, ble begjæringen, etter en proporsjonalitetsvurdering, avvist med den begrunnelse at en flytting ville føre til store økonomiske utfordringer for saksøkte. Retten uttalte at ”*Etter en samlet vurdering er*

¹¹³ Gammel bestemmelse i tvangsfullbyrdsloven

¹¹⁴ Thor Falkanger m.fl., Tvangsfullbyrdsloven, Kommentartutgave, s.1162

¹¹⁵ Tvisteloven § 34-1, 2. ledd

¹¹⁶ RG 1994-512(71-94)

retten kommet til at ulempene for Fjordo ved å fjerne anlegget står i åpenbart misforhold til den interesse Kamsvåg har av at anlegget blir fjernet.

I en slik vurdering må retten også se på hvilke virkning det kan ha, i forhold til å bygge ned risikoen, ved at partene har mulighet til å stille sikkerhet. Saksøker **skal** stille sikkerhet, jf. tvl. § 34-2, 1. ledd, mens saksøkte **kan** stille sikkerhet for å avverge at beslutning fattes og gjennomføres, jf. tvl. § 34-3, 2 ledd siste setning.

Vi har ingen slik ”likevektsregel” for arrester, men vi kan godt tenke oss at det å legge beslag på en privat konto eller varelager eller konti i en bedrift, kan skape store problemer og være uforholdmessig i forhold til et krav med svak overvekt av sannsynlighet for kravet, i tillegg til svak grunn for sikring. I boken *Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning* tolker Bunæs m.fl. lovgivers ”*kan beslutte arrest*”, som en mulighet for retten til en forholdsmessig vurdering¹¹⁷.

Avgjøres ved kjennelse

Avgjørelsen om midlertidig sikring skal treffes ved kjennelse¹¹⁸. Dette ble endret i tvangsfullbyrdesloven (1992). I forarbeidene til 1992-loven mente Justisdepartementet at det var naturlig at avgjørelsen om midlertidig sikring hadde form av kjennelse ettersom den midlertidige sikringen ofte har stor betydning og at det dessuten var svært vanlig at saksøkte avfant seg med avgjørelsen uten å kreve etterfølgende muntlig forhandling. At avgjørelsen har form som kjennelse er med på å klargjøre mulighetene for partene til å påanke avgjørelsen¹¹⁹. Denne klargjøringen var også viktig i forhold til rettsmidler mot beslutninger¹²⁰. En annen virkning av kjennelsen er at den, jf. tvl. § 19-6, fjerde ledd skal være begrunnet, noe som også styrker kravet til kontradiksjon.

¹¹⁷ Runa Bunæs m.fl., *Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning*, 2. utgave, s.309, andre avsnitt

¹¹⁸ Tvisteloven § 31-7, jf. tvl. § 19-6

¹¹⁹ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 278

¹²⁰ I ny tvistemål skiftet rettsmidlene navn, slik at kjæremål nå er ”anke over kjennelse” eller ”anke over beslutning” avhengig av hva som angripes – se Runa Bunæs m.fl. s. 137

Jeg vil også nevne at retten har mulighet til straks å forkaste begjæringen om midlertidig sikring om den åpenbart ikke vil føre frem. For eksempel dersom de påståtte omstendigheter ikke kan gi rettslig grunnlag for begjæringen. Jf. forarbeidene til 1992-loven skal denne adgang brukes med forsiktighet¹²¹.

2.7 Kort om gjennomføring og virkning av midlertidig sikring

Avgjørelser om midlertidig sikring gjennomføres av namsmyndighetene¹²², tingretten eller namsmannen. Vanligvis er det lensmannen i sitt lensmannsdistrikt som også er namsmann, men på større steder har vi egne namsfogder (11 stk.), som bare utfører namsmannsgjøremålene¹²³. Både lensmennene og namsfogdene er underlagt sine respektive politidistrikt, utenom namsfogden i Oslo, som er direkte underlagt Politidirektoratet¹²⁴.

I tillegg til den alminnelige namsmann og tingretten har vi i Norge fire særnamsmenn¹²⁵. Særnamsmennene har ingen kompetanse til å gjennomføre midlertidige sikringer.

Vanligvis gjennomføres forretningene om midlertidig sikring helt eller delvis av namsmannen¹²⁶, kalt den ”*alminnelige namsmann*” og gjennomføres etter prosessregler i tvangsfullbyrdsloven¹²⁷. Tingretten avgjør selv i hvor stor grad den skal delta i

¹²¹ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 277

¹²² Tvangsfullbyrdsloven § 2-1

¹²³ Ot.prp. nr. 43 (2003-2004) om endringer i rettergangslovgivningen m.v.

¹²⁴ Namsfogdene i Stavanger, Bergen og Trondheim var tidligere også direkte underlagt Politidirektoratet, men ble, etter en evaluering, overført til sine respektive politidistrikt i 2008.

¹²⁵ Statens Innkrevingssentral (SI) som ligger i Mo i Rana og som innkrever de fleste offentlige krav, som bøter og forelegg. NAV i Kirkenes, som er innkrevingsenheten til NAV og som i hovedsak driver inn forfalt barnebidrag. Kommunens kasserer/kommunekasserer som innkrever skatt og Skattefogdene som i hovedsak innkrever skyldig merverdiavgift.

¹²⁶ Tvisteloven § 33-5, første ledd og 34-4, første ledd.

¹²⁷ Tvisteloven § 33-5, 2. ledd og 34-4, første ledd

gjennomføringen og hvilke deler som skal gjennomføres av namsmannen. Hvilken stedlig namsmann¹²⁸ som skal gjennomføre forretningen avhenger av saksøktes verneting¹²⁹ og hvor eventuelt det utpekte formuesgode befinner seg¹³⁰.

Både arrest og midlertidig forføyning skal gjennomføres hurtig og uten opphold¹³¹.

Namsmannen bør bestrebe seg på å gjennomføre den midlertidige sikringen samme dag som den innkommer til kontoret.

Ved arrest gjennomfører den alminnelige namsmannen automatisk en ”etterforskning” og finner ut hvilke formuesgoder saksøkte besitter. Den/de mest egnede formuesgoder pantsettes for kravet og kravet gis rettsvern¹³². Der domstolen har pekt ut formuesgode(r) på forhånd blir formuesgode sikret og gitt rettsvern, jf. samme bestemmelse.

Ved midlertidig forføyning, som er et mye videre begrep, iverksetter namsmannen, etter begjæring fra saksøker¹³³, de tiltak som tingretten har besluttet i sin kjennelse. Dette gjøres enten ved forkynnelse og/eller verbale pålegg, eller ved fysiske gjennomføringer, om nødvendig ved hjelp av medhjelper¹³⁴, som låsesmed, VIKING redningstjeneste, entreprenører eller flyttefirma.

Arrest gjennomføres etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kap. 5 og 7, jf. dekningslovens bestemmelser, særlig kap.2, mens midlertidig forføyning gjennomføres etter reglene i tvflb. kap. 13 II til VI.

¹²⁸ Tvangsfullbyrdelsesloven § 2-3

¹²⁹ Tvisteloven § 4-4, jf. tvflb. § 1-8, siste ledd

¹³⁰ Tvflb. § 7-9, første ledd (arrest)

¹³¹ Tvisteloven § 33-5 og § 34-4.

¹³² Tvangsfullbyrdelsesloven § 7-20, jf. pantelovens bestemmelser

¹³³ Tvisteloven § 34-4, første ledd, annet punktum

¹³⁴ Tvangsfullbyrdelsesloven § 2-10

I sin utførelse av midlertidig sikring, kan den alminnelige namsmann, som i andre namssaker, bruke en viss makt om han møter motstand og kan om nødvendig be om bistand fra politiet om han møter mer betydelig motstand¹³⁵.

Hovedregelen ved utleggspantsetting i norsk rett er at det skjer ved underpant¹³⁶. Dvs. at den som besitter formuesgode fortsetter å råde over pantegjenstanden etter at sikkerhet er etablert ved rettsvern. Hvorvidt formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse ved midlertidig sikring må vanligvis begjæres av saksøkeren, blant annet av hensyn til at saksøkeren selv eventuelt må bære kostnadene. Men også hensyn til at beslutningen kan være uriktige og påføre saksøkeren erstatningsplikt er med på å underbygge en slik skranke¹³⁷.

Saker av samme art skal som hovedregel avholdes i den rekkefølge de kommer inn til namsmannen¹³⁸, noe som også påvirker rekkefølgen når kreditorer skal ha sin rettmessige plass i køen for sikkerhet i formuesgode. En hurtig arrest kan i utgangspunktet forrykke den naturlige rekkefølgen mellom flere kreditorer og føre til at en kreditor uten gyldig tvangsgrunnlag kan komme foran andre kreditorer i køen. Derfor legger regelverket opp til at en arrest ikke skal kunne føre til salg på dekningsstadiet¹³⁹, før endelig rettskraftig tvangsgrunnlag foreligger. En arrest får, som utlegg, bare sin virkning på sikringsstadiet¹⁴⁰ og kan aldri være grunnlag for endelig dekning på dekningsstadiet.

Andre kreditorer som måtte ha tvangsgrunnlag vil kunne gå inn i de verdier som er ”reservert” ved arresten, noe som kan medføre at det ikke trenger å være noe igjen til den

¹³⁵ Tvangsfullbyrdsloven § 5-10

¹³⁶ Panteloven § 1-1, andre ledd, jf. § 1-7, første og andre ledd

¹³⁷ Runa Bunæs m.fl. s. 317

¹³⁸ Ot.prp. 65 (1990-1991) kommentarer til tvflb § 7-8

¹³⁹ Tvisteloven § 33-7, 3. ledd

¹⁴⁰ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, 2. utgave s 143

som begjærte arrest når endelig tvangsgrunnlag foreligger¹⁴¹. Den som får muligheten til arrest får altså ingen fortrinn i forhold til andre kreditorer.

En mer utilsiktet virkning ved begjæring om midlertidig sikring er at begjæringen i seg selv kan bidra til sakens opplysning. En begjæring om midlertidig sikring kan føre til at opplysninger rundt saksøkte og hans formuesgoder, som ikke tidligere har vært fremme kommer fram. På den måten kan en begjæring om midlertidig sikring være med på å forsterke opplysningen i saken om det underliggende kravet i en pågående hovedforhandling. I forbindelse med Terrasaken uttalte advokat Ulf Larsen i advokatfirma Lund & co (advokat for Terra-kommunene) at *”Vi har grunn til å tro at vi med arrestbegjæringen har fått frem opplysninger vi ellers ikke ville ha fått fra styret og ledelsen i saken”*¹⁴².

Her mente Terra-kommunene at de gjennom sine begjæringer om arrest mot meglerne hadde fått verdifull informasjon de kunne bruke videre i saken, selv om de til slutt ikke fikk medhold i selve arrestbegjæringen.

I forbindelse med gjennomføringen har partene og de som rammes muligheter for å påklage avgjørelser om midlertidig sikring. Her er det viktig å skille mellom rettens behandling og namsmannens behandling av saken. Rettens beslutninger om midlertidig sikring regnes ikke som tvangsfullbyrdelse, men namsmannens gjennomføring og etterfølgende arbeid med notoritet for forretningen er tvangsfullbyrdelse¹⁴³.

Avgjørelser knyttet til namsmannens gjennomføring av midlertidig sikring kan påklages jf. tvangsfullbyrdesloven § 5-16. Klagen skal først sendes til namsmannen, som skal vurdere om klagen kan etterkommes, og evt. endre avgjørelsen helt eller delvis etter

¹⁴¹ Thor Falkanger m.fl., Kommentar til tvangsfullbyrdesloven, bind II, 4. utgave, s. 1085

¹⁴² uttalt 4.8.2008 i DN24.no

¹⁴³ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s. 322, siste avsnitt

påstand fra innsender. I motsatt fall går klagen, uten opphold, til tingretten som skal behandle saken på nytt¹⁴⁴.

Domstolens avgjørelse (kjennelse) om midlertidig sikring, arrest eller midlertidig forføyning er vanlig domstolsbehandling og kan påankes etter de regler som gjelder for slik behandling¹⁴⁵.

3 MUNTlige FORHANDLINGER OG KONTRADIKSJON

3.1 Kontradiksjon ved midlertidige sikringer

Hovedregelen i Tvisteloven § 32-7, første ledd er at retten, i form av kjennelse treffer avgjørelse om midlertidig sikring etter at partene og andre impliserte har vært innkalt til muntlig forhandling. Tvisteloven § 32-7, andre ledd oppstiller imidlertid et viktig unntak fra hovedregelen i første ledd. Her gis domstolen en mulighet til å avsi kjennelse om midlertidig sikring uten at kontradiksjon er gjennomført. Dvs. uten at saksøkte eller de som ellers kan bli berørt av den midlertidige sikringen blir gjort kjent med begjæringen eller får anledning til å uttale seg på forhånd. Vilåret for å unnta kontradiksjonsprinsippet i denne sammenheng er at det skal være ”fare ved opphold”. Dette gjelder både ved midlertidig forføyning og ved arrest. Om retten skal benytte seg av unntaket fra kontradiksjon må den avveie behovet for en rask avgjørelse og handling, mot den fare som vil være til stede når bare den ene part får komme til ordet, for at avgjørelsen kan være uriktig

3.1.1 Generelt om kontradiksjonsprinsippet

Kontradiksjonsprinsippet blir av mange regnet som et overordnet rettsprinsipp.

¹⁴⁴ Tvangsfullbyrdelsesloven § 5-16, andre ledd

¹⁴⁵ Tvisteloven § 29-1

Det sentrale i prinsippet om kontradiksjon er at partene må gis anledning til å få gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter. I tillegg må partene få adgang til å uttale seg om hverandres anførsler, noe som også forutsetter rett til innsyn i sakens dokumenter. Sentrale deler av kontradiksjonsprinsippet følger langt på vei av likhetsprinsippet¹⁴⁶, som innebærer at partene skal være tillagt de samme prosessuelle rettigheter i prosessen.

Å få muligheten til å uttale seg er en rett partene har, men de må finne seg i at det kan vektlegges i partens disfavør¹⁴⁷ om den ikke benyttes.

Det kontradiktoriske prinsipp er et rettsprinsipp som gjelder både i straffeprosessen og i sivilprosessen. Professor Anne Robberstad sier i sin bok om sivilprosess at *”også forvaltningens saksbehandling må være kontradiktorisk, selv om dette ikke skulle fremgå uttrykkelig av loven”*¹⁴⁸. Kontradiksjonsprinsippet gjelder altså på alle trinn av saksbehandlingen, også før domstolsbehandling¹⁴⁹.

Et grunnleggende prinsipp gir ikke grunnlag for løsninger av rettslige spørsmål, på samme måte som en konkret rettsregel. Likevel er det slik at grunnleggende prinsipper gjerne kommer frem ved at mange rettsregler tar opp i seg det samme hensynet. På den måten får også grunnprinsippene stor rettslig betydning¹⁵⁰.

Den grunnleggende forskjell på et rettsprinsipp og en rettsregel er at ut fra rettsprinsippet kan det ikke utledes hvordan et rettsspørsmål kan løses, men prinsippet kan tillegges vekt når bestemmelser i lovgivningen skal tolkes¹⁵¹. En annen forskjell er at dersom en

¹⁴⁶ Jon Gisle m.fl., Juridisk leksikon, prinsipp som bl.a. går ut på at partene i en prosess skal være likestilte og behandles likt av en uavhengig domstol. Prinsippet fremkommer i SP art. 14.1

¹⁴⁷ Jo Hov Rettergang I s. 116

¹⁴⁸ Anne Robberstad, Sivilprosess s. 10

¹⁴⁹ Jo Hov, Bind I (2007) side 60

¹⁵⁰ Jo Hov Rettergang I s. 115

¹⁵¹ Skogøy, 2001 s. 424

rettsregel kommer til anvendelse må regelen enten gis gjennomslag eller den må brytes, men om et rettsprinsipp ikke får gjennomslag brytes ikke rettsprinsippet¹⁵².

At det kontradiktoriske prinsipp er et grunnleggende prinsipp i vår prosess underbygges av flere kjennelser i Høyesterett. Blant annet sier Høyesterett i en kjennelse gjengitt i Rt. 2005, s 1590, (Lisa A/S) at; *"det kontradiktoriske prinsipp er en bærebjelke i vår prosessordning"*.

Kontradiksjonsprinsippet er i utgangspunktet et ulovfestet prinsipp, men fremkommer indirekte i flere rettsregler. I straffeprosessen er retten til å ta til motmæle slått fast i strpl. § 92. For rettergangsstraffer er prinsippet nedfelt i dstl. § 215. Den gamle tvistemålsloven inneholdt ikke noen rettsregler som spesifikt pekte på kontradiksjon, men flere bestemmelser i tvistemålsloven underbygget prinsippet. Et slikt eksempel er reglene om at en part i en sak har rett til å svare på nye anførsler fra motparten og at prosesskriv med vedlegg skal meddeles motparten, jf gammel tvistemålslov § 111 annet ledd og § 123¹⁵³.

Utviklingen av kontradiksjonsprinsippet's betydning kan illustreres med to avgjørelser i Høyesterett. I *Sykejournaldommen* fra 1977¹⁵⁴ ønsket en tannlege innsyn i sin egen legejournal. Med bakgrunn i alminnelige rettsgrunnsetninger fikk tannlegen medhold for sitt krav. Førstvoterende fant støtte for dette i en eldre uttalelse fra forvaltningen. Rettsgrunnsetningens innhold var i den avgjørelsen bygget på en interesseavveiling og noe krav til kontradiksjon var ikke nevnt¹⁵⁵.

¹⁵² Graver, 2006 "I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper" s. 195

¹⁵³ Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s 167, pkt 13.2.2. første spalte

¹⁵⁴ Rt. 1977 s 1035

¹⁵⁵ Professor Hans Petter Graver, mener i sin artikkel "I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper" at Høyesterett bygget rettsgrunnsetningen i *Sykejournaldommen* på et nokså spinkelt grunnlag.

En kontrast til denne avgjørelsen er *Rettergangsbotkjennelsen* fra 1997¹⁵⁶. Her var det et spørsmål om anvendelse av regelen i domstoloven § 215, om at visse former for rettergangsbøter kunne ilegges uten at partene fikk adgang til å uttale seg på forhånd. Her sa Høyesterett at det måtte være et krav at partene fikk uttale seg før avgjørelse ble truffet. I denne dommen, i motsetning til i *Sykejournaldommen*, gjorde ikke Høyesterett noen form for interesseavveining, men førstvoterende viste i stedet til at bestemmelsen måtte forstås i lys av den utvikling som var skjedd i synet på de krav som ut fra hensynet til rettssikkerheten må stilles til en forsvarlig saksbehandling, og viste til forvaltningsloven § 16 og EMK artikkel 6 som eksempler på denne utviklingen. I sin konklusjon mente førstvoterende at det forelå ”*brudd på det grunnleggende rettssikkerhetskrav om å varsle og gi den det gjelder adgang til å uttale seg før straffedom avsies*”¹⁵⁷.

Professor Hans Peter Graver, mente at en dermed kunne si at ”*Høyesterett i denne saken konstruerte et prinsipp på grunnlag av bl.a. enkeltstående bestemmelser, og ga dette prinsippet den samme normative kraft som de elementer det var konstruert på grunnlag av*”¹⁵⁸.

Utviklingen har gått videre. I den nye tvisteloven (2005) er kontradiksjon spesifikt nevnt i flere bestemmelser. Jo Hov slår fast at kontradiksjonsprinsippet i sivile saker nå er forankret gjennom tvl. § 11-1, tredje ledd¹⁵⁹. Dette kan forstås som at hele kontradiksjonsprinsippet nå er blitt en rettsregel.

¹⁵⁶ Rt. 1997 s. 1019

¹⁵⁷ Rt. 1997 s. 1019

¹⁵⁸ Hans Petter Graver, artikkel; I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper, s. 189

¹⁵⁹ Jo Hov, Rettergang I s. 60

I forarbeidene til ny tvistelov sier Justisdepartementet at de er enig i at grunnleggende trekk ved kontradiksjonsprinsippet bør komme til uttrykk i en generell bestemmelse i loven¹⁶⁰. Tvistelovsutvalget foreslo i NOU 2001:32 at kodifiseringen av kontradiksjonsprinsippet i tvisteloven også måtte omhandle rettens regelforståelse og ikke bare det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, men Justisdepartementet mente at her måtte retten ha et selvstendig ansvar for at rettsreglene blir brukt på en riktig måte¹⁶¹. På bakgrunn av de nevnte forarbeider til tvisteloven må en kunne si at grunnleggende trekk ved prinsippet er kodifisert i loven, men ikke hele prinsippet som sådan. Kontradiksjon knyttet til rettens regelforståelse er fortsatt ikke nedfelt i noen rettsregel.

Folkeretten står i dag mye sterkere i norsk rett enn noen gang tidligere. Både i EMK art 6 og i SP art 14 om rettferdig rettergang er retten til kontradiksjon særlig sterkt fremhevet. I 1999 ble EMK inkorporert i norsk rett gjennom vedtakelse av menneskerettsloven¹⁶². Menneskerettsloven gav i tillegg folkerettslige bestemmelser forrang ved eventuell motstrid med nasjonal lovgivning¹⁶³. I EMK art. 6 nr 1 brukes begrepet ”fair hearing”, som i norsk rett oversettes med ”rettferdig rettergang”. I dette begrepet ligger det blant annet at all saksbehandling må være kontradiktorisk og at partene gis like muligheter til å legge frem sine saker og kunne ta til motmæle mot hverandres anførsler (”equality of arms”)¹⁶⁴.

Jeg har et inntrykk av at prinsippets nedfelling i folkeretten, særlig EMK art. 6 (rettferdig rettergang), men også i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (1966) art. 14, sammen med folkerettens generelt sterkere påvirkning av norsk rett, har vært en katalysator for at prinsippet om kontradiksjon

¹⁶⁰ Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s 168 første spalte

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s 169 første spalte

¹⁶² Lov av 21. mai 1999 nr 30

¹⁶³ Menneskerettsloven § 3

¹⁶⁴ Anne Robberstad, Sivilprosess s. 53

tydeligere må fremstå i vår prosesslovgivning. I tillegg har det hatt betydning at Norge to ganger har blitt dømt i EMD¹⁶⁵ for brudd på retten til kontradiksjon.

Denne utviklingen har imidlertid ikke påvirket unntaket fra kontradiksjon ved avgjørelse om midlertidig sikring¹⁶⁶, som i all hovedsak har det samme materielle innholdet i dag som i tidlig rett¹⁶⁷.

3.1.2 Behovet for kontradiksjon ved midlertidige avgjørelser

Regelverket legger i all hovedsak opp til samme saksbehandling ved midlertidige avgjørelser som for eksempel ved hovedforhandlinger¹⁶⁸. Et spørsmål er likevel om midlertidige beslutninger generelt blir gjenstand for en mindre grundig behandling enn avgjørelser av mer endelig karakter.

Professor dr. juris Lucy Smith skriver i en artikkel fra 2004¹⁶⁹ om en barnefordelingssak. I denne saken kom Høyesteretts kjæremålsutvalg¹⁷⁰ til at det ikke var en saksbehandlingsfeil at en gutt på 13 år ikke var blitt hørt i en endringssak.

Lucy Smith hevder det ikke ble gitt en nærmere begrunnelse for avgjørelsen i utvalget og mente at; ”*det er nærliggende å tro at begrunnelsen har vært at **avgjørelsen er midlertidig og derfor ikke vil få så store konsekvenser. Men det er i så fall en dårlig begrunnelse.***” Hun sier videre at ”*selv om det bare dreier seg om et ganske kort tidsrom, kan **avgjørelsen for barnet føles meget viktig, og den kan få betydning for det endelige resultatet.***”.

¹⁶⁵ Den Europeiske menneskerettsdomstol – Case of Botten v. Norway (1996) og Case of Walston v. Norway (2003)

¹⁶⁶ Tvisteloven § 32-7, annet ledd

¹⁶⁷ Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett, s 315 siste avsnitt

¹⁶⁸ Runa Buæs m.fl. Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning s. 313 andre avsnitt

¹⁶⁹ Lucy Smith, Artikkel; Barnets beste og barnets uttalerett, 2004, FA B-2004-223

¹⁷⁰ Rt. 2000 side 864

Selv om vi her snakker om spesielle hensyn i en barnefordelingssak kan de se ut som Lucy Smith går langt i å mene at midlertidige avgjørelser generelt får en mer lemfelig behandling i domstolen enn mer ”endelige” avgjørelser. Det er mulig å tenke seg at partene knyttet til midlertidige avgjørelser kan ha mindre behov for kontradiksjon enn ved mer varige avgjørelser. Behovet for hurtige avgjørelser, muligheten til forholdsvis raskt å kunne endre midlertidige avgjørelser, og at saken ofte kommer opp i sin fulle bredde i senere prosess, taler for at så er tilfelle.

Det vil likevel kunne forekomme at bevisførselen i en sak om midlertidig sikring kan bli omfattende. Like fullt kan den midlertidige avgjørelsen bli den endelige, *foregrepet fullbyrdelse*¹⁷¹.

Twisteloven eller tvangsfullbyrdsloven inneholder ingen bestemmelse om adgang til å begrense bevisførselen under den muntlige forhandling, og det vil dermed ikke være noen videre adgang til å begrense bevisførselen i saker om midlertidig sikring mer enn det er i vanlige søksmål for tingretten. I Ot. prp. nr 65 (1990-1991) opplyste Justisdepartementet at de hadde drøftet om det burde gis en særlig adgang til å begrense bevisførselen i saker av denne art, men at de var blitt stående ved at det var betenkelig å gi retten en slik myndighet. Saksøkeren ville kunne ha interesse av å føre et grundig bevis for sitt krav for derved å unngå et krav om sikkerhetsstillelse, eller for å redusere risikoen for å komme i ansvar i de tilfeller hvor det kan være store skadevirkninger knyttet til arresten. I tillegg vil en saksøkt ha interesse av å få godtgjort sitt standpunkt best mulig. Teorien her står likevel noe i motsetning til den praksis som er ved avgjørelser av midlertidig sikring og delvis i forhold til de hensyn som gjelder for midlertidig sikring. De hensyn som gjelder for effektivitet og til rettferdig resultat er ikke alltid forenelig med bred prosess forut for avgjørelsen og gjennomføringen.

¹⁷¹ Jo Hov, Rettergang III s 405, siste avsnitt

I beslutninger om midlertidig sikring tyder mye på at beslutningsgrunnlaget er mer mangelfullt enn i vanlige saker for domstolen¹⁷². Vanligvis blir færre vitner enn ellers hørt¹⁷³, telefonsamtaler blir benyttet i stedet for personlig fremmøte og fjernmøter¹⁷⁴ blir benyttet i større grad enn ellers.

Et eksempel på at domstolen godtar en mindre bruk av partenes rett til kontradiksjon ved en midlertidig avgjørelse finner vi i Terrakjennelsen (II)¹⁷⁵ fra Oslo byfogdembete. Her sies det at *”Retten antar at dersom meglernes forhold skal bli skikkelig belyst, sett i forhold til størrelsen på de krav som gjøres gjeldende, må det til en bevisføring som er atskillig mer omfattende enn den som ble foretatt under den muntlige forhandlingen”*.

Et hensyn som taler for en noe forenklet prosess (også kontradiksjon) i saker om midlertidig sikring er hensynet til tids- og ressursbruk. Formålet med en midlertidig sikring er enten å sikre et krav eller finne en midlertidig ordning før endelig avgjørelse, og derfor kan full bevisførsel føre til unødig bruk av tid og ressurser. Falkanger m. fl. skriver at *”de samme resurser bør her mer hensiktsmessig kunne settes inn for å få fremmet hovedsøksmålet så hurtig som mulig.”*

Rettens adgang til begrenset behandling av realbevis¹⁷⁶ i saker om midlertidig sikring er forholdsvis beskjedne jf. tvl. § 21-7, jf. § 32-2. Likevel er det naturlig at proporsjonalitetsreglen i tvl. § 21-8 kommer til anvendelse i saker om midlertidig forføyning, selv om bruk av proporsjonalitet må vurderes i den enkelte sak ut fra betydning for partene og de interesser saken handler om.

¹⁷² Anne Robberstad, Sivilprosess s. 158 første avsnitt jf. sitat fra Terrakjennelse (II) gjengitt s. 150 under pkt. 2.2.

¹⁷³ Se referat fra Terrakjennelse i neste avsnitt

¹⁷⁴ Tvisteloven § 13-1

¹⁷⁵ Kjennelse av 4. januar 2008 i sak 07-181510TVA-OBYF/2

¹⁷⁶ TvL. § 26-1

3.1.3 Hensyn og konsekvenser

Hovedhensynet for kontradiksjon er å opplyse saken best mulig og sikre et mest mulig riktig resultat. Men det er også av stor viktighet at de involverte og samfunnet for øvrig, skal ha tillit til prosessen.

Hensyn for å gjennomføre kontradiksjon er også knyttet til rettferdighet og det vi i idretten kaller "fair play". I ethvert sivilisert samfunn (rettsstat) utvikles det prosessordninger som tar sikte på at ingen beslutninger/vedtak eller andre viktige myndighetshandlinger treffes uten at den eller de det gjelder har fått uttale seg på forhånd og har kunnet ta til motmæle mot anførsler fra motparten. Denne retten oppfattes som grunnleggende rettferdig og er senere tolket inn i den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) art 6 som et viktig element i det vi kaller "*rettferdig rettergang*"¹⁷⁷. På den annen side er rettferdighet også at riktig resultat blir utfallet av saken, om nødvendig med fravær av grunnleggende rettsprinsipper.

Kontradiksjon skal bidra til sakens opplysning, slik at grunnlaget for en materielt riktig avgjørelse blir størst mulig. En sak har alltid flere sider og beslutningsgrunnlaget for en dommer vil som oftest være bredere og mer nyansert etter at begge partene¹⁷⁸ og andre som rammes¹⁷⁹ har fått kommet til orde. På den annen side, dersom kravet til kontradiksjon var absolutt og at det eneste hensynet for domstolen var å belyse saken så godt som mulig for ikke å avsi uriktige avgjørelser, ville saksøkte, som følge av å få tidlig kjennskap til hva som begjæres, kunne hindre et rettferdig og riktig resultat. Det ville igjen føre til at saksøker, som da ikke oppnår sin rett, i større grad ville kunne anmelde sivile tvister til politiet eller at ulovlige midler ble tatt i bruk, som ulovlig selvtækt eller bruk av torpedoer. Ingen av disse alternativene er samfunnet særlig tjent med.

¹⁷⁷ Jo Hov, Rettergang I, s 116

¹⁷⁸ Tvisteloven § 32-7, første ledd, jf. kap 13 og dl §§ 124,125,127

¹⁷⁹ Tvisteloven § 32-8, første ledd

Brudd på kontradiksjonsprinsippet kan være en saksbehandlingsfeil og føre til opphevelse eller ugyldighet. Generelt ved vurdering av saksbehandlingsfeil må vi sonde mellom absolutte og relative opphevelsesgrunner¹⁸⁰. Brudd på kontradiksjonsprinsippet er ikke opplistet som absolutt opphevelsesgrunn i tvl. § 29-21, andre ledd. En slik saksbehandlingsfeil vil da være å regne for en relativ opphevelsesgrunn og må underkastes en vurdering om hvorvidt saksbehandlingsfeilen har hatt innvirkning på resultatet¹⁸¹.

Tvisteloven bruker formuleringen ”*det må være nærliggende at feilen kan ha hatt betydning*” men i en kjennelse i Høyesterett fra 1990¹⁸² som omhandlet hvorvidt manglende kontradiksjon var en saksbehandlingsfeil, sier førstvoterende at det må være **sannsynlig** at manglende kontradiksjon har hatt innvirkning på resultatet. Førstvoterende sier; ”*de forhold jeg nettopp har påpekt, tjener både til å belyse at det foreligger en saksbehandlingsfeil, og at det er sannsynlig at feilen kan ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold, jf tvistemålsloven § 384 første ledd*”.

Betydningen av kontradiksjonsprinsippet har ført til at terskelen for at det å fravike dette prinsippet får innvirkning på resultatet, er svært lav. I en uttalelse gjengitt i Rt. 2005 s 1590 sier Høyesteretts førstvoterende at: ”*når kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, er det vanskelig å vite hvordan resultatet ville ha blitt uten feilen. Prinsippet er så vesentlig at det etter mitt syn ikke kan stilles høye krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn. Snarere bør det nærmest være en presumpsjon for at feilen har hatt betydning*”.

Dersom dommen/kjennelsen er påanket på grunn av saksbehandlingsfeil (fravikelse av kontradiksjon) har ankeinstansen i norsk rett i hovedsak to mulige måter å reagere på. For det først kan anken forkastes. For det andre kan ankeinstansen helt eller delvis oppheve den underliggende dommen. Dersom ankebehandlingen går for lagmannsretten kan retten også velge å realitetsbehandle saken på nytt.

¹⁸⁰Tore Schei m.fl. s.1333/1334

¹⁸¹ Tvisteloven § 29-21, første ledd

¹⁸² Rt-1990 s.8

Dersom saken ikke er avsluttet, kan mangel av kontradiksjon lempes på ved at det faktisk gis anledning til kontradiksjon før saken avsluttes.

3.2 Hovedregelen om forutgående muntlige forhandlinger

Hovedregelen er at avgjørelser både om arrest og midlertidig forføyning skjer på grunnlag av et rettsmøte til muntlig forhandling¹⁸³. Det skal tas sikte på realitetsavgjørelser¹⁸⁴.

Det er retten som skal vurdere om det skal innkalles til muntlige forhandlinger før kjennelse blir avsagt, eller om kjennelse skal avsies uten muntlige forhandling jf. tvl. 32-7, annet ledd. Avgjørelsen blir en avveining av behovet for rask beslutning og gjennomføring, mot den mulighet som vil være til stede for at uriktig beslutningen fattes på et for tynt grunnlag og de følger det kan få¹⁸⁵.

Det finnes ikke detaljerte regler om hvordan ”*muntlige forhandlinger*” ved midlertidig sikring skal gjennomføres. Praksis har vist at et forhandlingsmøte holdes i hovedsak som en hovedforhandling, med innledningsforedrag, bevisførsel og prosedyreinnlegg¹⁸⁶. I forarbeidene står det at den muntlige forhandling skal, så langt det er mulig følge den fremgangsmåten som brukes under hovedforhandling¹⁸⁷.

Den muntlige forhandling er å se på som et rettsmøte som etter dstl. § 124 i utgangspunktet er offentlig¹⁸⁸. I forarbeidene til tvangsfullbyrdesloven (1992) sa Justisdepartementet at ”*den muntlige forhandling er et rettsmøte som etter dstl. § 124 er offentlig hvis ikke retten finner grunnlag for å beslutte forhandling for lukkede dører.*” Det er ikke gitt endringer i ny tvistelov.

¹⁸³ Tore Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave s. 1471

¹⁸⁴ Tore Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave s. 1471

¹⁸⁵ Ot.prp. 65 (1990-1991) s 289

¹⁸⁶ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s. 313, andre avsnitt

¹⁸⁷ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 277

¹⁸⁸ Retten kan beslutte ”lukkede dører”

Den muntlige forhandling skal handle om selve kravet og sikringsgrunnen. I tillegg kan muntlige forhandlinger også omhandle spørsmålet om saksomkostninger¹⁸⁹. I forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven i 1992 var det en diskusjon om hvorvidt domstolen kunne tilkjenne saksomkostninger i saker uten at muntlige forhandlinger var holdt. Etter en pro et contra diskusjon kom Justisdepartementet til at det ble gitt en hjemmel for domstolene til å illegge saksomkostninger også i saker som avgjøres uten innkalling til muntlige forhandlinger¹⁹⁰ og viste til tvangsfullbyrdelsesloven(1992) § 3-4, tredje punktum.

3.3 Vilkår for å unnlate forutgående muntlige forhandlinger

Dersom det er ”fare ved opphold” kan retten avsi kjennelse, både om arrest og midlertidig forføyning, uten muntlige forhandlinger på forhånd¹⁹¹. Saksøkte og de som rammes kan dermed bli utsatt for en myndighetshandling uten at de selv har fått kjennskap til saken eller kommet til orde før avgjørelse og gjennomføring. Vilkåret som oppstilles i tvl. § 32-7, annet ledd, for å avsi en kjennelse uten forutgående muntlige forhandlinger, er altså at det skal være ”fare ved opphold”.

3.3.1 ”Fare ved opphold”

Vilkåret ”fare ved opphold” for å fravike hovedregelen om forutgående muntlige forhandlinger er det samme vilkåret som oppstilles for å beslutte midlertidig sikring uten at hovedkravet er sannsynliggjort, jf. tvl. § 33-3, annet ledd.

Kriteriet ”fare ved opphold” sikter i hovedsak til situasjoner hvor man raskere enn vanlig må sikre ”noe” for å oppnå et rettferdig og riktig resultat. Venter man med avgjørelsen, kan det føre til at målet med den endelige avgjørelsen ikke blir oppnådd. Det er av stor betydning,

¹⁸⁹ Tvisteloven § 32-8, første ledd, annet punktum

¹⁹⁰ Ot.prp. 65 (1990-1991) s 285

¹⁹¹ Tvisteloven § 32-7, annet ledd

både for saksøker og samfunnet for øvrig¹⁹² at sikringen når sitt mål. Alternativt vil saksøker kunne benytte andre og mer uønskede former for innkreving¹⁹³.

Vurderingen av om det er ”fare ved opphold” må domstolen treffe når begjæringen blir tatt imot. Det må fremstå som nødvendig å treffe avgjørelsen uten at saksøkte får anledning til kontradiksjon for å oppnå formålet med den midlertidige sikring. Hvis domstolen finner at vilkårene ved ”fare for opphold” ikke er oppfylt og begjæringen blir gjort kjent for saksøkte er grensen passert for at kjennelse om midlertidig sikring kan avsies uten forutgående muntlige forhandlinger¹⁹⁴.

I sin kommentarutgave til tvisteloven bruker Schei m.fl. uttrykket ”må være en viss fare ved opphold”¹⁹⁵. Dette står noe i motsetning til Falkanger m.fl. som i sin kommentarutgave til tvangsfullbyrdesloven mener det må være tale om en ”kvalifisert grad av fare ved opphold”¹⁹⁶. I Ot. prp 65 (1990-1991) sier Justisdepartementet at vilkåret ”fare ved opphold” vil være oppfylt dersom det ikke er tid til å innhente tilfredsstillende opplysninger om kravet, og det finnes sannsynlig at en utsettelse vil bringe saksøkerens mulighet for fullbyrding av kravet i fare. Videre sies det at ”fare ved opphold” må anses som en henvisning til sikringsgrunnen, som må foreligge i kvalifisert grad¹⁹⁷.

Kravet til vilkåret ”fare ved opphold” kan synes å være noe uklart, men uansett må vilkåret vurderes konkret i hver enkelt sak, der en også må ta hensyn til sannsynlighetsvurderingen av hovedkravet og konsekvensene av ulike sider ved avgjørelsen¹⁹⁸.

¹⁹² ”Tillit til prosessen”

¹⁹³ Viser til avsnitt over om alternativ bruk av politi eller torpedoer på s. 44

¹⁹⁴ Tore Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave s 1474 note 3

¹⁹⁵ Tore Schei m.fl., kommentarutgave bind III s. 1568

¹⁹⁶ Thor Falkanger m.fl., kommentarutgave 3 utgave s 1066

¹⁹⁷ Ot. prp. nr 65 (1990-1991) s 276

¹⁹⁸ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 293

Saker om midlertidig sikring er alltid knyttet til at noe haster. Et ubetinget påbud om forutgående muntlig forhandling vil derfor kunne lede til at sikringen ikke når sitt formål.

I Boliviasaken mente retten at sikringsgrunn forelå og mente det var ”fare ved opphold”. Derfor besluttet retten midlertidig sikring uten forutgående muntlige forhandlinger. I sin begrunnelse for at vilkåret ”fare ved opphold” var oppfylt, viste retten til at det hastet med å fjerne artikkelen fra nettet, slik at færrest mulig fikk kjennskap til saksøkers identitet og dermed minske skadepotensialet for den unge kvinnen, som satt fengslet i Bolivia. I sin kjennelse sa retten; ”Retten viser her særlig til at navn og bilde nå ligger ute på nettet og er tilgjengelig for alle. Saksøker utsettes for skade for hver gang noen ser artikkelen”.

I Terrasaken viste Tønsberg tingrett i sin kjennelse¹⁹⁹ til at det var ”fare ved opphold” for at formuesgoder ville gå tapt. De begrunnet sin beslutning blant annet med at Terra Securities ASA hadde gått konkurs og at de ulike aktørene var ”i ferd med å posisjonere seg.” Skulle arresten få den virkning den var ment som, måtte det skje raskt uten at saksøkte fikk kjennskap til begjæringen på forhånd.

Det er viktig å være klar over at farekriteriet også tar opp i seg de tilfeller der man, som følge av tidligere erfaring, frykter for at saksøkte skal kunne unndra seg de tiltak som er aktuelle å gjennomføre i den midlertidige sikringen. Schei m.fl. skriver i sin kommentar til tvisteloven at ”farekriteriet fanger også opp det typetilfelle at man frykter at saksøkte skal lykkes med å unndra seg de tiltak det er aktuelt å gjennomføre”²⁰⁰. I slike tilfeller foreligger ingen tidsfaktor. Den utløsende faktor for hindring av gjennomføringen er tidspunktet når saksøkte får kjennskap til saken.

Et eksempel her er en avgjørelse om arrest fra Nedre Telemark tingrett i 2009²⁰¹ der retten mente det var ”fare ved opphold”. Dette var begrunnet med at de saksøkte i en årrekke ikke

¹⁹⁹ Kjennelse av 6. desember 2007 i sak 07-181791TVA-TONS

²⁰⁰ Tore Schei m.fl. Tvisteloven, Kommentartutgave s 1474

²⁰¹ Kjennelse i sak 09-057213TVI-NETE fra Nedre Telemark Tingrett

hadde vist noen vilje til å gjøre opp for seg overfor det offentlige. Her var det åpenbart ikke noe ”fare ved opphold” rent språklig, men at årelang modus kunne gi grunn til å frykte at saksøkte ved kjennskap til saken ville skape problemer for gjennomføringen.

I tillegg til vilkåret om ”fare ved opphold” kreves de ”vanlige” vilkår²⁰² for å begjære midlertidig sikring.

Regelen i tvisteloven § 32-7, annet ledd er ment som en unntaksregel når noe haster mer enn vanlig²⁰³. Likevel tyder mye på at unntaksregelen brukes mer enn en unntaksregel skulle tilsi²⁰⁴. En forholdsvis stor del av kjennelser om midlertidig sikring blir fattet uten forutgående muntlige forhandlinger. I forarbeidene til tvangsfullbyrdsloven av 1992²⁰⁵, skriver Justisdepartementet at *”der er forholdsvis vanlig at arrest eller midlertidig forføyning besluttet uten muntlig forhandling. Slik vil det antakelig bli også etter den nye loven.*

Det er intet som tyder på at praksis har endret seg vesentlig etter den tid. Resultatet av spørsmål jeg har stilt til utvalgte tingretter i Norge²⁰⁶, viser at kjennelser avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger i praksis er mer en hovedregel enn en unntaksregel. Særlig kommer dette tydelig frem ved de store tingrettene. Ved Oslo byfogdembete er ca 80 % av alle begjæringer om midlertidig sikring hittil i år²⁰⁷ avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger, for Asker og Bærum er tallet ca 70 %²⁰⁸. Ved mindre tingretter synes det som om en er noe mer forsiktig med å avsi kjennelser om midlertidig sikring uten forutgående muntlige forhandlinger.

²⁰² Sannsynliggjøring av krav og sikringsgrunn, jf. tvl. §§ 33-2 og 34-2

²⁰³ Tore Schei m.fl. Tvisteloven kommentarutgave s. 1474

²⁰⁴ Se egen tabell under pkt. 7

²⁰⁵ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 99

²⁰⁶ Se egne tabeller under kap. 7, de to siste sider

²⁰⁷ Tall per 21. oktober 2009

²⁰⁸ Tall per 14. september 2009

3.4 Ordninger som kompenserer for manglende kontradiksjon

3.4.1 Etterfølgende muntlige forhandlinger

Muligheten til å kreve etterfølgende muntlig forhandling følger av tvl. § 32-8; ”*Har retten besluttet midlertidig sikring uten muntlig forhandling kan partene og enhver som rammes, kreve etterfølgende forhandling om sikringen.*”

Loven oppstiller her en ”kompensasjon” for ikke å få anledning til forutgående kontradiksjon før kjennelse om midlertidig sikring blir avsagt jf. tvl. § 32-7, andre ledd. Iverksettelsen skjer ved at partene og/eller andre som rammes, får en mulighet til å begjære muntlige forhandlinger etter at den midlertidige sikringen er besluttet og gjennomført.

Et hensyn for etterfølgende muntlige forhandlinger blir da å kvalitetssikre resultatet og skape tillit til prosessen. Det er en betydelig risiko for at en avgjørelse fattet bare på grunnlag den ene parts fremstilling er mangelfull eller uriktig, noe som kan gi de involverte og samfunnet for øvrig, inntrykk av en tilfeldig og lite tilfredsstillende prosess.

Hvor betydningsfull en etterfølgende muntlig forhandling kan være for resultatet illustreres med den såkalte Boliviasaken der det ble avsagt kjennelse uten forutgående muntlige forhandlinger²⁰⁹. I begjæringen ble det påstått at saksøkers omdømme og hennes private integritet ble skadet betydelig for hver time som gikk og at det derfor måtte beslutes midlertidig sikring raskt. Retten fant etter en samlet vurdering (på bakgrunn av saksøkers fremstilling) at publisering av saksøkers navn i artikkelen på VG Nett 19.05.2009 var utilbørlig, og at det derfor forelå en rettstridig overtredelse av straffeloven § 247. Retten mente derfor at saksøker hadde et krav på at hennes navn ble fjernet fra VG Nett. Retten fant at det var ”fare ved opphold”, og traff derfor avgjørelse i saken uten at partene ble innkalt til muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 32-7 annet ledd. Av samme grunn fikk heller ikke saksøkte anledning til å uttale seg før beslutning ble fattet.

²⁰⁹ Kjennelse av 22.5.2009 TOBYF 2009-81634

Etterfølgende muntlig forhandling ble begjært og sakens opplysning i den muntlige forhandlingen førte til et motsatt resultat. Etter å ha hørt partene mente retten blant annet at hensynet til saksøkers personvern måtte vurderes i forhold til den ytringsfrihet som ble gitt i EMK art. 10 og kom frem til at nettartikkelen i seg selv ikke hadde noen selvstendig skadegjørende effekt. Retten mente at det man normalt fryktet når navn, bilde og andre opplysninger ble offentliggjort, mot den det gjelder sin vilje, var at de som fra før kjente den navngitte jenta fikk tilgang til opplysningene. Av intervjuet med jentas far i VG den 30. mai 2008 fremgikk det blant annet at venner og bekjente av saksøkeren og nærmiljøet for øvrig tidligere var informert om saksøkerens befatning med Boliviasaken. Retten la også vekt på at dette var en sak med stor allmenn interesse²¹⁰.

Her er et eksempel på at den muntlige forhandling ivaretar viktige hensyn. Vi kan fornemme en sak som etter en den etterfølgende muntlige forhandling, er signifikant bedre opplyst, bedre begrunnet og trolig fremstår med et riktigere og mer rettferdig resultat.

Det fremgår ikke av loven noen frist for å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger. I forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven av 1992²¹¹, Ot.prp. 65 (1990-1991), slås det fast at det ikke er foreslått noen frist for å begjære etterfølgende muntlig forhandling. Begjæringen kan settes fram lenge etter at avgjørelsen er truffet, også etter at den måtte være gjennomført. Det er på den annen side ingen forutsetning for å kunne kreve etterfølgende muntlig forhandling at arresten er gjennomført.

Begge partene og enhver annen som rammes av den midlertidige sikringen kan begjære etterfølgende muntlige forhandlinger²¹². Schei m.fl. tolker dette som ”*enhver med slik tilknytning til sakens gjenstand at vedkommende har rettslig interesse i utfallet av saken*”.

²¹⁰ Kjennelse av 26.6.2009 TOBYF 2009-84018

²¹¹ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 285

²¹² Tvisteloven § 32-8, første ledd

Adgangen til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger ved midlertidig sikring ble utvidet i tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 til også å gjelde tredjepersoner²¹³ som ble berørt av sikringen. Praksis hadde tidligere vist at tredjepersoner kunne bli berørt ved at de for eksempel påsto eiendomsrett til det angjeldende formuesgode, uten at en fikk komme til orde og fikk hevde sin rett. I forarbeidene til 1992-loven mente Justisdepartementet at den beste løsningen var at tredjepersoner som blir berørt av en midlertidig sikring ble gitt en generell adgang til å kreve etterfølgende muntlig forhandling på lik linje med partene²¹⁴. Saksøkers interesse av å kreve muntlig forhandling kan for eksempel være knyttet til å være misfornøyd med de krav retten har satt til sikkerhetsstillelse.

Det er verdt å merke seg at det er ingen automatikk at etterfølgende muntlige forhandlinger ved midlertidig sikring gjennomføres, selv om saksøkte ikke er gjort kjent med kjennelsen om midlertidig sikring på forhånd. Det legges på en måte opp til en ”omvendt prosess” der loven sier at partene selv og enhver annen som rammes, **kan** kreve etterfølgende muntlige forhandlinger²¹⁵. Det er altså saksøkte selv (eller andre som rammes) som må ta initiativet til at kontradiksjon blir ivaretatt, noe som kan være med på å heve terskelen ytterligere for at kontradiksjon blir gjennomført.

På den annen side stilles det krav til tingrettens/namsmannens underretning av saksøkte om avgjørelsen om midlertidig sikring. Dersom den tidligere er unntatt fra saksøktes kjennskap, skal kjennelsen forkynnes samtidig med gjennomføringen eller så fort det lar seg gjøre i ettertid²¹⁶. I tillegg er det nedfelt et krav, både for arrest og midlertidig forføyning om at tingretten eller namsmannen, når beslutning er tatt uten kontradiksjon, **skal** underrette om muligheten til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger²¹⁷. Likevel er altså ansvaret for saksøktes kontradiksjon i slike saker lagt til saksøkte selv. Det

²¹³ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 285

²¹⁴ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 285

²¹⁵ Tvisteloven § 32-8, 1. ledd

²¹⁶ Tvisteloven § 33-5 2. ledd siste setning og § 34-4, 3. ledd, siste setning

²¹⁷ Tvisteloven §§ 33-4, 3. ledd og 34-3, 4. ledd

er mulig at hensynet til det kontradiktoriske prinsipp bedre hadde vært ivaretatt med en større grad av dommerstyring, noe den nye tvisteloven, generelt sett, i større grad nå legger opp til²¹⁸.

Etterfølgende muntlige forhandlinger skal gjennomføres etter samme mønster som forutgående muntlige forhandlinger, med innledningsforedrag, bevisførsel og prosedyreinnlegg, men som i praksis har vist at vanligvis gjennomføres i en noe mer begrenset form²¹⁹.

Som nevnt over er hensynet til hurtig behandling, fremkalling av fare og saksøktes modus hensyn som nødvendigvis må føre til en noe begrenset prosess i mange saker om midlertidig sikring.

Rettsmiddelet for kjennelser ved midlertidig sikring er anke²²⁰. En kjennelse avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger kan imidlertid ikke ankes²²¹.

”Rettsmiddelet” for en kjennelse om midlertidig sikring, avsagt uten at saksøkte eller andre som rammes har fått kommet til orde på forhånd, er muntlige forhandlinger²²². Både Schei m.fl. og Falkanger m.fl. nevner muntlige forhandlinger som en type videre saksbehandling av samme sak i samme instans og at etterfølgende muntlige forhandlinger ikke kan betegnes som et egentlig rettsmiddel²²³. Schei m.fl. sier imidlertid, i sin diskusjon om begjæring om etterfølgende muntlige forhandlinger kan gis oppsettende virkning, at

²¹⁸ Tvl. § 11-6, jf. §§ 9-4, 9-11, 9-13

²¹⁹ Runa Bunæs m.fl. s 313

²²⁰ Tvisteloven § 29-1

²²¹ Tvisteloven § 32-8, første ledd, siste setning

²²² Tore Schei m.fl., Tvisteloven, kommentarutgave bind II, s. 1477

Thor Falkanger m.fl., Tvangsfullbyrdelsesloven, kommentarutgave, bind II, 4. utgave s.1052

²²³ Jon Gisle m.fl., Juridisk leksikon 2005, s.246

begjæringen må anses som et *”rettsmiddel” i forhold til bestemmelsen* i tvl. § 19-13, 3. ledd²²⁴.

I forbindelse med spørsmålet om god kontradiksjon kan det reises spørsmål ved om samme dommer som har fattet beslutning om å gjennomføre midlertidig sikring også skal gjennomføre etterfølgende muntlige forhandlinger. På den ene siden kan det være en fordel at en dommer som kjenner saken fra tidligere også gjennomfører de etterfølgende muntlige forhandlingene. På den andre siden kan dommeren som besluttet midlertidig sikring på saksøkers fremstilling ha lagt så sterke føringer tidligere i saken at han på det nærmeste må anses som *”inhabil”* for videre saksbehandling. I praksis kan det se ut som domstolene velger forskjellige løsninger. I Boliviasaken ble de to kjennelsene i Oslo byfogdembete fattet av to forskjellige dommere/dommerfullmektiger, noe som kan tenkes å ha hatt innvirkning på de forholdsvis forskjellige vurderingene av saken som ble gjort, henholdsvis før og etter de muntlige forhandlingene.

Det finnes ingen prosessregler om dette og trolig kan retten velge den mest hensiktsmessige løsningen. Etter mitt syn kan det i gitte situasjoner stilles spørsmål ved om samme dommer i både behandlingen av begjæringen og etterfølgende muntlige forhandlinger, er det beste for god kontradiksjon.

3.4.2 Tilfredstiller etterfølgende muntlige forhandlinger i saker om midlertidig sikring det grunnleggende kravet til kontradiksjon?

Et spørsmål vi bør stille oss er om ordningen med etterfølgende muntlige forhandlinger, i stor nok grad, kan sies å tilfredsstille det grunnleggende prinsippet om kontradiksjon, som gjelder på alle nivåer i saksbehandlingen²²⁵.

²²⁴ Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, kommentarutgave bind II*, s. 1479

²²⁵ Jo Hov, *Rettergang I* s 60

Det at saksøkte gis adgang til etterfølgende muntlige forhandlinger i saker om midlertidig sikring er en "kompensasjon" for manglende kontradiksjon tidligere i saksgangen. Det er, etter min mening likevel ikke en fullgod "kompensasjon". En avskjæring av saksøktes rett til å komme til orde før en kjennelse med stor betydning for han selv er fattet, vil aldri kunne tilfredstilles ved at saksøkte får komme til ordet etter at kjennelsen er fattet og det materielle innholdet gjennomført. Eventuelle skadefølger for saksøkte eller andre som rammes, kan aldri fullt ut forebygges ved etterfølgende muntlige forhandlinger.

Praksis har vist at i de fleste saker om midlertidig sikring er det materielle innholdet i saksgrunnlaget bredere og bedre belyst etter at saksøkte har fått anledning til å forklare seg. Ikke sjelden blir kjennelser om midlertidig sikring opphevet eller omgjort etter at det er gitt mulighet til kontradiksjon, men da er også kjennelsen fysisk gjennomført og "skaden" kan være skjedd.

At saksøkte selv må begjære en slik etterfølgende muntlig forhandling²²⁶ og at dette ikke skjer automatisk, er også med på å heve terskelen for kontradiksjon. Det kan føre til at muligheten for etterfølgende muntlige forhandlinger, slik den er utformet i dag, blir mindre verdt som erstatning for manglende kontradiksjon, enn om det hadde vært automatikk i ordningen, dvs. at dommeren etter avsagt kjennelse alltid tok spørsmålet opp med saksøkte om etterfølgende muntlige forhandlinger var påkrevd, rettleidet og bisto med å skrive en eventuell begjæring.

På den annen side kan en si at tingretten eller namsmannens plikt til å orientere saksøkte om sin rett til å begjære muntlige forhandlinger etter tvl. 33-4, tredje ledd og 34-3, fjerde ledd, og plikt til forkynnelse av begjæringen samtidig med gjennomføringen eller straks etter, jf. tvl. §§ 33-5 og 34-4-, tredje ledd, er en forsikring om at saksøkte blir gjort kjent med kjennelsen og ordningen, og således ikke vil gå glipp av muligheten til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger.

²²⁶ Tvisteloven § 32-8

Som nevnt tidligere kan ikke en kjennelse avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger ankes²²⁷. I utgangspunktet kan dette også tenkes å svekke saksøktes muligheter for kontradiksjon. Dette er imidlertid ivaretatt nettopp gjennom muligheten til å begjære etterfølgende muntlige forhandlinger. Selv om jeg over har stilt et spørsmål ved at samme dommer behandler både begjæringen og etterfølgende muntlige forhandlinger, mener jeg at etterfølgende forhandlinger ivaretar saksøktes krav til kontradiksjon minst like godt som en anke ville ha gjort. Den endelige kjennelsen etter at etterfølgende muntlige forhandlinger er gjennomført er gjenstand for anke på vanlig måte, jf. tvl. § 29-2. Dermed vil etterfølgende muntlige forhandlinger under saksbehandlingen på førsteinstansnivå være en styrke for hensynet til kontradiksjon. Alternativet ville ellers vært at kjennelsen ble anket direkte til nivå to, uten at etterfølgende muntlige forhandlinger først ble avholdt.

Reglene for arrest er forsøkt utformet både med hensyn til kreditors behov og den risiko som alltid vil være til stede, nemlig å kunne gjøre debitor urett. Lovgiver balanserer mellom hensyn for saksøkers behov for rask og effektiv saksgang på den ene siden og hensyn til saksøktes muligheter for kontradiksjon på den andre siden.

For å kunne vurdere om kontradiksjon i stor nok grad blir ivaretatt ved kjennelser om midlertidig forføyning må en etter min mening foreta en helhetsvurdering. De etterfølgende muntlige forhandlinger og tilstøtende vilkår må ses i sammenheng med de generelle vilkår som oppstilles for å kunne begjære arrest eller midlertidig forføyning²²⁸ og de ”skadedempende” ordninger loven oppstiller²²⁹, som sikkerhetsstillelse, erstatningsplikt og innsynsrett.

²²⁷ Tore Schei m.fl., Tvisteloven, kommentarutgave, Bind II s 1477

²²⁸ Tvisteloven §§ 33-2, 33-3 og 34-1

²²⁹ Tvisteloven §§ 32-11, 33-3, andre ledd, tvflb § 5-16, tvl. § 14-1 m.fl.

3.4.3 Sikkerhetsstillelse

Sikkerhetsstillelse er et annet virkemiddel for å motvirke skader og ulemper ved avgjørelse av uriktige kjennelser om midlertidig sikring. Sikkerhetsstillelse ved midlertidig sikring har to betydninger. Det er et vilkår for saksøker for å få en kjennelse om midlertidig sikring²³⁰ og det kan være et middel for saksøkte til å avverge en arrest i sitt formuesgode²³¹. I denne sammenheng behandler jeg det første alternativet.

Retten kan bestemme at saksøkeren, som et vilkår for å få gjennomføre midlertidig sikring skal stille sikkerhet for det erstatningsansvaret han kan komme i²³². Hvordan sikkerhetsstillelse skal gjøres er beskrevet i tvfbl. § 3-4, som gjelder tilsvarende for midlertidig sikring, jf. tvl. § 32-12.

Formålet med sikkerhetsstillelse for saksøker er at saksøkte skal (om mulig) holdes skadesløs dersom det etterpå viser seg det ikke var grunnlag for å begjære og gjennomføre en midlertidig sikring²³³. Her ligger en innrømmelse fra lovgiver i at det er en viss fare for at en kjennelse om midlertidig sikring, avsagt uten kontradiksjon, kan bli besluttet på sviktende grunnlag.

Beslutninger om midlertidig sikring, arrest og midlertidig forføyning, blir oftest truffet etter en mindre omfattende saksprosess enn vanlige dommer i sivilprosessen²³⁴, herunder mulighet for å fravike kontradiksjonsprinsippet ved bare å legge saksøkers fremstilling av saken til grunn for avgjørelsen. I tillegg skal kjennelsene om midlertidig sikring tvangsgjennomføres i medhold av reglene i tvangfullbyrdelsesloven, ofte uten at saksøkte varsles på forhånd. Det vil dermed være en større fare enn ellers for at den avgjørelse som treffes er uriktig og uansett ikke blir den endelige avgjørelsen. Saksøkeren er

²³⁰ Tvisteloven §§ 33-4, tredje punktum og 34-3, andreledd, femte punktum, jf. tvfbl. § 3-4

²³¹ Tvisteloven § 33-5, siste ledd

²³² Tvistemålsloven §§ 33-3, 1. ledd og 34-2, 1. ledd

²³³ Anne Robberstad, Sivilprosess, s. 149, nest siste avsnitt

²³⁴ Runa Bunæs m.fl., Tvangfullbyrdelse og gjeldsordning, 2. utgave s 315

erstatningspliktig for skader som påføres saksøkte urettmessig i saker om midlertidig sikring, jf. tvl. § 32-11 (se neste punkt). Likevel er det ikke sikkert at saksøkeren er søkegod²³⁵. For å avhjelpe en slik situasjon kan altså retten stille krav om at saksøker stiller sikkerhet på forhånd i en størrelsesorden som en måtte tro skulle tilsvare det erstatningsansvar saksøkte kunne få mot seg.

Saksøkers sikkerhetsstillelse er i utgangspunktet ment å være en ordning som minsker risiko for saksøkte. Likevel kan en tenke seg at muligheten for saksøker til å stille sikkerhet også kan øke saksøktes risiko for å bli påført skader og ulemper. Et alternativet til saksøkers sikkerhetsstillelse på forhånd kan for eksempel være at retten er mer tilbakeholden med å fatte kjennelser om midlertidig sikring og dermed ikke utsette saksøkte for risiko i samme grad. Det kan være at en avgjørelse om midlertidig sikring av krav med svak sannsynlighet for sikringsgrunn ikke hadde blitt avsagt dersom ikke retten hadde hatt mulighet til å pålegge saksøker å stille sikkerhet.

3.4.4 Erstatning

Twisteloven § 32-11 har spesifikke bestemmelser for erstatning ved midlertidig sikring. Saksøkers erstatningsansvar i tvl. § 32-11 er en rettsregel som er ment å avhjelpe risikoen for uriktig resultat som følge av svak opplysning av saken, herunder fravikelse av kontradiksjon.

I tvl. § 32-11 er saksøkerens erstatningsansvar skjerpet i forhold til ”normale” erstatningsregler ved at erstatningsansvaret er gjort objektivt²³⁶ dersom det viser seg at det ikke er noe reelt krav i saken. Risikoen for at det på et senere tidspunkt skulle vise seg at saksøkeren ikke hadde noe krav og saksøkte dermed blir påført ulemper og skader, er helt og fullt lagt på saksøkeren²³⁷.

²³⁵ Har ikke penger til å betale med – ”der intet finnes har selv keiseren tapt sin rett”

²³⁶ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s. 1072/1073

²³⁷ Thor Falkanger m.fl. Tvangsfullbyrdsloven Kommentarer s. 1072, siste avsnitt

I forarbeidene til tvangsfullbyrdelsesloven av 1992, sier lovgiver; *”Lovgrunnen for dette strenge ansvaret er først og fremst et risikosynspunkt. Når den som mener seg berettiget ikke har gått den ordinære veien og først skaffet seg tvangsgrunnlag, synes det mest rimelig at dette skjer på egen risiko dersom det skulle vise seg at kravet likevel ikke besto”*.

I tillegg sier forarbeidene at det også tilkommer et prevensjonshensyn. Det menes at det er en viss grunn til å tro at de fleste vil avholde seg fra unødvendig å kreve midlertidig sikring dersom de blir holdt ansvarlig hvis kravet ikke er til²³⁸.

Erstatningsbeløpet vil som hovedregel gjelde det faktiske økonomiske tap, men det gis åpning for oppreisning jf. tvl. § 32-11, andre ledd, i de tilfeller der det forsettelig eller uaktsomt er gitt uriktige opplysninger. Dette er en streng regel som er oppstilt også for å motivere saksøker til ikke å begjære midlertidig sikring uten et legitimt grunnlag²³⁹.

Som ved de alminnelige erstatningsregler gjelder regler om påregnelighet og skadelidtes tapsberegningsplikt, samt krav til påregnelig årsakssammenheng, også ved midlertidig sikring.

3.4.5 Innsynsrett i ettertid

Andre rettsregler som motvirker en skadefølge av uriktige kjennelser om midlertidig sikring, herunder unntak fra kontradiksjon., jf. tvl. 32-7, 2. ledd, er regler om etterfølgende innsyn²⁴⁰, både partsoffentlighet og allmennhetens rett til innsyn i en sak for domstolen.

Hovedreglene er at partene og andre i *”egen rettsstilling”* har rett til innsyn i sakens dokumenter²⁴¹. I forarbeidene til tvisteloven sies det at; *”Innsynsrett i sakens dokumenter*

²³⁸ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s 99

²³⁹ Ot.prp.nr 65 (1990-1991) s. 99

²⁴⁰ Tvisteloven kap. 14

²⁴¹ TvL. § 14-1, første og tredje ledd

for partene er en forutsetning for kontradiksjon – for at det ikke avsies dom eller treffes andre viktige avgjørelse uten at partene har fått anledning til å uttale seg, jf. EMK artikkel 6 nr 1”²⁴².

Men allmennhetens innsynsrett²⁴³ er også et viktig institutt, som en sikkerhetsventil, med hensyn til å motvirke uriktige avgjørelser ved domstolene og hindre urettmessig skade og ulempe for saksøkte. Det er logisk at i saker om midlertidig sikring der avgjørelse tas uten muntlige forhandlinger, kan verken saksøkte, andre med rettslig interesse eller allmennheten²⁴⁴ få innsyn i sakens dokumenter før gjennomføring. Retten til etterfølgende innsyn vil likevel kunne avhjelpe eventuelle påførte skader og ulemper som måtte ha oppstått som følge av feilaktig avgjørelse. Innsyn i fremlagte dokumenter vil for eksempel i ettertid kunne underbygge søksmål om erstatning²⁴⁵.

3.5 Kort om tilstøtende unntak fra kontradiksjonsprinsippet

Til tross for kontradiksjonsprinsippets store betydning for rettssikkerheten og sakens opplysning har lovgiver i flere andre tilfeller gitt anledning til å fravike prinsippet. For å utfylle bildet noe velger jeg å nevne to tilstøtende tilfeller til midlertidig sikring, der loven oppstiller unntak fra kontradiksjonsprinsippet. Dette er ingen uttømmende oversikt.

Jeg velger likevel først å nevne de muligheter for unntak fra kontradiksjon som finnes i regelverket²⁴⁶ om gjennomføringen av midlertidig sikring.

²⁴² Ot.prp.nr 51 (2004-2005) s. 213, første spalte

²⁴³ Tvl. § 14-2

²⁴⁴ Tvisteloven § 14-1

²⁴⁵ Tvisteloven § 32-11

²⁴⁶ Tvangsfullbyrdelsesloven kap 7 og 13

3.5.1 Unntak fra kontradiksjon i gjennomføringen

Gjennomføring og iverksettelse av midlertidig sikring skjer som nevnt etter tvangsfullbyrdselslovens prosessregler, og overlates helt eller delvis til den alminnelige namsmann å gjennomføre²⁴⁷.

Historisk har ikke prosessen rundt tvangsfullbyrdelse vært sett på som kontradiktorisk fordi det har vært sterke begrensinger på at saksøkte har fått komme til orde før fullbyrdelsen²⁴⁸. Som følge av den nærmest ubegrensede adgangen for namsmannen til å omgjøre og endre beslutninger, så lenge ikke forretningen er avsluttet²⁴⁹, har det tradisjonelt blitt sett på som tilstrekkelig at saksøkte har fått kommet til orde under prosessen.

Mye tyder på at tvangsfullbyrdselsloven av 1992 i sterkere grad enn tidligere tvangsfullbyrdselslover tar hensyn til kontradiksjon²⁵⁰. Her er det innført et generelt krav om kontradiksjon, jf. tvfbl. § 6-3, 2. ledd, første punktum, men fordi adgangen til å omgjøre vedtak er større enn i vanlig rettergang og hensynet til en hurtig og effektiv saksbehandling går foran hensynet til kontradiksjon, finner vi fortsatt mange unntak fra kontradiksjonsprinsippet i loven.

Et eksempel er tvfbl. § 5-15 som sier at; ”*Namsmannen kan av eget tiltak omgjøre en beslutning om fremme av tvangsfullbyrdelsen, valg av gjennomføringsmåte og andre avgjørelser i den grad fullbyrdelsen ikke er avsluttet*”. Bestemmelsen er generell og inneholder få begrensinger i hva slags avgjørelser namsmannen kan omgjøre²⁵¹. Det avgjørende er om fullbyrdelsen er avsluttet²⁵².

²⁴⁷ Tvisteloven § 33-5, første ledd fjerde punktum og § 34-4-, første ledd

²⁴⁸ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 136

²⁴⁹ Tvangsfullbyrdselsloven § 5-15

²⁵⁰ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 128

²⁵¹ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, s 129

²⁵² Tvangsfullbyrdselsloven § 7-20

Andre fellesregler for unntak fra kontradiksjon i gjennomføringen for namsmannen finner vi tvflb. §§ 5-7 og 5-14.

I forhold til den enkelte type tvangsforretning, gjennomføres arrest etter samme regler som ved utleggsforretning²⁵³. Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 7-6, tredje ledd og 7-10, første ledd, gir namsmannen lov til å unnlate både foreleggelse av begjæringen og unnlate varsel av utleggsforretningen før avholdelse. Dette gjelder også for arrest. Her gir loven altså unntak fra kontradiksjonsprinsippet ved at den begjæringen retter seg mot, ikke får anledning til ta til motmæle mot begjæringen, forberede eller avverge utleggsforretningen (arresten) før den er avholdt og rettsvern etablert.

Som krav (for å begrense bruken) til å unnlate kontradiksjon setter loven at namsmannen ikke kan benytte unntak fra kontradiksjonsprinsippet uten at *”fullbyrdelsen ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort”*²⁵⁴. Det vil si at det må være en konkret grunn til å tro at dersom begjæringen forelegges eller varsles, vil det formuesgode som er egnet for utlegg (arrest) bli forsøkt solgt eller holdt skjult. Unntakene fra kontradiksjonsprinsippet i tvangsfullbyrdelsesprosessen må også sees i sammenheng med at tvangsgrunnlaget oftest er kommet til i en prosess der kontradiksjon er innbefattet, skjønt forliksråddommer og eksigible gjeldsbrev (vanlige tvangsgrunnlag for utlegg) ofte er kommet til under en ”skjør” form for kontradiksjon, selv om regleverket er klart nok. For eksempel er praksisen rundt innkalling og uteblivelse til forliksrådsbehandling mye diskutert. Likeså er det kjent at mange ”særlige tvangsgrunnlag” ikke alltid gir så stor sikkerhet for at saksøkeren virkelig har et krav tilsvarende tvangsgrunnlaget²⁵⁵.

²⁵³ Tvisteloven § 33-6 jf. Tvangsfullbyrdelsesloven kap. 7 og Lov 8. juni 1984 nr 52 (dekningsloven) § 2-2

²⁵⁴ Tvflb §§ 7-6 og 7-10 jf. Thor Falkanger m.fl., Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave, Bind I 4 utgave s 386

²⁵⁵ Runa Bunæs m.fl., Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, 2. utgave, s 136 petit

Lignende unntak for kontradiksjon finner vi for alle typer tvangsforretninger²⁵⁶. For midlertidig forføyning finnes unntak fra kontradiksjon i prosessreglene i kap. 13 II til VI.

3.5.2 Bevissikring utenfor rettssak

Tvisteloven har på mange måter en parallell prosess til midlertidig sikring i det å kunne sikre bevis i sivile saker, uten at motparten varsles²⁵⁷. Hovedregelen i tvl. § 28-3, tredje ledd er at motparten om mulig skal varsles, mens fjerde ledd gir hjemmel til at bevissikring kan holdes før motparten varsles. Imidlertid settes det opp en skranke om at det skal være; *”grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at bevis sikres”*.

Denne bestemmelsen er en parallell til unntaket i tvl. 32-7, andre ledd ved kjennelser om midlertidig sikring.

Ordningen med bevissikring utenfor rettssak²⁵⁸ er kommet til som følge av en avgjørelse i Høyesterett, Rt. 2000 side 1261 (Storbyguiden), der det kom frem at norske regler på dette området ikke var i tråd med TRIPS-avtalen²⁵⁹. TRIPS-avtalen er en del av en WTO-avtale av 15. april 1994 om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon, som Norge ratifiserte 7. desember 1994. Den trådte i kraft 1. januar 1995. Tvistemålsutvalget kom i NOU 2001:32 med sine forslag for å tilfredsstille TRIPS-avtalen art. 50, knyttet til midlertidig sikring på immaterialrettens område²⁶⁰. Forslaget fremkommer nå i tvl. § 28-3, fjerde ledd.

Bevissikring i sivile saker uten at den saken er rettet mot blir varslet er en ny ordning i norsk lov. Jf. en kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg gjengitt i Rt-2000-1261 hadde vi tidligere ikke hjemmel for å gjennomføre slike bevisopptak uten at motparten var gjort

²⁵⁶ Tvangsfullbyrdsloven §§ 8-7, 9-5, 10-3, 13-10, 13-13

²⁵⁷ Tvisteloven § 28-3 fjerde ledd

²⁵⁸ Tvisteloven kap 28

²⁵⁹ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

²⁶⁰ NOU 2001:32, § 31-3, 4. avsnitt

kjent med dette på forhånd. Det var tidligere bare rent unntaksvise muligheter til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part var hørt. Reglene om midlertidig sikring av materielle krav i den gamle tvangsfullbyrdelesloven kapittel 14 og 15 gav imidlertid hjemmel for dette under liknende vilkår, men med rett til å kreve avgjørelsen prøvet ved etterfølgende muntlig forhandling²⁶¹. Når det nå er gitt egne regler i tvisteloven²⁶² for bevissikring utenfor hovedforhandling uten at saksøkte blir varslet på forhånd (unntak fra kontradiksjon) vil altså det svekke behovet for å benytte instituttet midlertidig sikring på området, men disse to bestemmelsene i tvisteloven sett under ett, vil jeg hevde at muligheten til å fravike kontradiksjon er økt i forhold til gammel bestemmelse om midlertidig sikring.

3.5.3 Straffeprosessen – tvangsmidler

I straffeprosessen er kontradiksjon også regnet som et grunnleggende prinsipp. Jo Hov sier i Rettergang I at grunnen til at kontradiksjonsprinsippet ikke er uttrykkelig nedfelt i straffeprosessloven sannsynligvis skyldes at det blir ansett som ”*helt selvfølgelig*”²⁶³.

Likevel kan straffeprosessen fremstå som en mer opplagt arena å utelukke kontradiksjon på, særlig knyttet til straffesakens forberedelse, oppbygging av sak og bevissikring, enn andre rettsarenaer. Det er liten diskusjon i rettslig sammenheng, og heller ikke i opinionen, om at politiet må ha anledning til å bruke tvangsmidler²⁶⁴ uten at den saken rettes mot blir varslet på forhånd. Hensynet til effektivt å kunne sikre bevis til opplysning i en straffesak veier tungt i folks bevissthet, noe som også lovgiver har tatt inn over seg. Diskusjonen har de senere år heller gått på eventuelle utvidede fullmakter til politiet til å bruke tvangsmidler uten å forelegge saken eller varsle mistenkte på forhånd, enn det motsatte. Eksempler er utvidet adgang til kommunikasjonskontroll, jf. strpl. § 216 a og b., som ble tilføyd loven i

²⁶¹ NOU 2001: 32 Bind B s 989

²⁶² Tvisteloven §28-3, fjerde ledd

²⁶³ Jo Hov, Rettergang I s. 60

²⁶⁴ Straffeprosessloven fjerde del

1992 og romavlytting som det ble gitt adgang til i 2005²⁶⁵. Også her oppstilles det skranker som begrenser bruken. Strpl. § 216c begrenser bruken av kommunikasjonskontroll til at det skal være av *”vesentlig betydning for å oppklare saken”* og at det uten den form for tvangsmiddel *”i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort”* å oppklare saken. Romavlytting regnes som et meget omfattende inngrep mot enkeltmennesket i en politietterforskning, og strl. § 216m oppstiller bl.a. krav om at det kreves rettens kjennelse for å gjennomføre slik romavlytting.

4 MINDRE BRUK AV MIDLERTIDIG SIKRING OG UNNTAK FRA KONTRADIKSJON?

Mye tyder på at utglidning av praksis, redsel for misbruk og et stadig større krav til rettferdig rettergang og forsvarlig saksbehandling har ført til at lovgiver har ønsket å innskjerpe bruken av midlertidig sikring, og særlig muligheten til å beslutte midlertidig sikring uten kontradiksjon.

4.1 Saker om ytringer jf. grl. § 100, fjerde ledd

Midlertidige forføyninger som helt eller delvis forbyr noen å formidle eller motta ytringer, er forhåndsinngrep som går inn under grl. § 100, fjerde ledd.

I NOU 1999:27 (Ytringsfrihed må finne sted) skriver Ytringskommisjonen på side 246; *”Som en ytterligere sikkerhet mot misbruk av midlertidige forføyninger mot ytringer legges det til grunn at 4. ledd må tolkes slik at forføyning ikke under noen omstendighet kan vedtas av namsretten uten kontradiksjon”*.

²⁶⁵ Straffeprosessloven § 216m

I St. meld. nr 42 (1999-2000) sies det at forbudet mot forhåndskontroll etter fjerde ledd ikke er så absolutt som ordlyden kan tyde på, men at interesseavveilingen uansett skal være en streng vurdering.

Disse uttalelsene ble senere fulgt opp i Inst. S. nr 270 (2003-2004) på side 48;

”kommisjonens forslag til Grunnlovens § 100 fjerde ledd må tolkes slik at forføyning i forhold til ytringer ikke kan vedtas av namsretten uten kontradiksjon, dvs. muntlige forhandlinger.” Forslaget blir beskrevet i innstillingen som en innstramming i forhold til dagens regleverk og vedtatt i Stortinget med små endringer²⁶⁶.

I sin kjennelse i saken om å nekte å sende programmet ”Brennpunkt” i frykt for å sette politiinformanten i livsfare fremgår det også begrensninger i det hele tatt å bruke midlertidig sikring i saker som angår ytringsfrihet, jf. grl. § 100, fjerde ledd. HR utelukker ikke bruken av midlertidig sikring i slike saker, men stiller krav til at skadene evt. skal være irreversible²⁶⁷.

4.2 Saker om barnefordeling

I saker om barnefordeling har rettspraksis også ført til innskrenket bruk av midlertidige forføyninger. Barneloven har egne regler om midlertidige avgjørelser. En tolkning av Høyesteretts kjæremålsutvalgs uttalelser i en kjennelse fra 1997²⁶⁸ skal etter en fortolkning av reglene i barneloven om midlertidige avgjørelser anses uttømmende på sitt felt, slik at det ikke kan begjæres midlertidig forføyning²⁶⁹.

Høyesteretts kjæremålsutvalg har i kjennelse gjengitt i Rt-1986-215 uttalt at barneloven § 42 jf § 38 utelukket bruk av tvangsfullbyrdslovens bestemmelser om midlertidig

²⁶⁶ HR 2007-506-A Rt.2007-414 premiss 53

²⁶⁷ HR 2007-506-A Rt.2007 - 414 premiss 78

²⁶⁸ Rt. 1997 s. 1853

²⁶⁹ Tore Schei m.fl., Tvisteloven, kommentarutgave Bind II s. 1555, pkt 3

forføyning. Dette var gjeldende rett i forhold til tvangsfullbyrdsloven av 1992 og dermed også gjeldende rett for ny tvistelov kap. 34.

Selv om hovedhensynet til denne ordningen er at parallell praktisering av reglene for midlertidige avgjørelser i både barneloven og tvisteloven (tidligere tvfbl.) vil være kompliserende og til dels motstridende²⁷⁰ ligger det trolig også en oppfatning av at reglene i barneloven bedre ivaretar hensyn til kontradiksjon enn reglene for midlertidige sikringer. Mange barnefordelingssaker har tidligere vært ”belemret” med midlertidige forføyninger. Slike saker er ofte særdeles kompliserte og medfører store inngrep for de impliserte. Gjennomføringene har ofte vært konfliktfulle og praksis har vist at her bør en utvise den største skjønnsomhet.

Jeg vil anta at dette også er noe av bakgrunnen for Høyesteretts kjæremålsutvalgs utsagn i nevnte sak om at: *”Sterke reelle hensyn taler derfor for at det ikke bør være adgang til å treffe midlertidige avgjørelser etter tvangsfullbyrdsloven kapittel 15 av en mer detaljert karakter i spørsmål som ellers hører inn under barneloven.”*

4.3 Forhold knyttet til ny tvistelov

I tvisteloven § 32-9 legges det opp til en ny ordning med *”samtidig pådømmelse av hovedkrav”* i saker om midlertidig sikring. Formålet med nyordningen er å slippe dobbel behandling av saken, slik at hovedkravet kan få sin endelige avgjørelse samtidig med begjæringen om midlertidig sikring. Dette er en nyordning omtrent uten rettspraksis. Jf. tvl. § 32-9, bokstav a, skal en slik avgjørelse av hovedkravet skje på en ”forsvarlig” måte. Jeg kan vanskelig se at hovedkravet i denne sammenheng kan pådømmes på en ”forsvarlig måte” uten kontradiksjon, noe som underbygges av Anne Robberstad i sin bok *Sivilprosess*²⁷¹. En slik samtidig pådømmelse av hovedkravet kan minke behovet for å avsi kjennelser om midlertidig sikring uten kontradiksjon.

²⁷⁰ Rt. 1997 s.1853, sjette avsnitt

²⁷¹ Anne Robberstad, *Sivilprosess* s 159, nest siste avsnitt

Hensynet til ikke å ”snike i køen” for vanlig allmennprosess har imidlertid ført til at ordningen har fått sterke begrensninger. Det sentrale kravet er at saken må kunne bringes frem til pådømmelse uten at det på noen måte forsinker eller kompliserer avgjørelsen om midlertidig sikring²⁷². Derfor kan for eksempel ikke ”*samtidig pådømmelse*” etter tvl. § 32-9 skje i saker hvor det er ”*fare ved opphold*” og beslutning om midlertidig sikring blir besluttet uten muntlige forhandlinger, jf. tvl. § 32-7, 2. ledd.

Ordningen med ”*samtidig pådømmelse*” og vilkårene som stilles i tvl. § 32-9, første ledd gjør at enkle og ukompliserte saker raskere kan finne sin løsning og midlertidige ordninger som etableres gjennom midlertidig sikring raskere kan finne sin endelige form.

I tillegg er det grunn til å legge merke til at det legges opp til en ”kulturendring”²⁷³ for aktørene i sivile tvister i domstolene. Dommeren skal i langt større grad enn tidligere drive aktiv saksstyring med større vekt på saksforberedelsene. Saksbehandlingens omfang skal i større grad enn tidligere stå i forhold til tvistens betydning²⁷⁴, en proporsjonalitetsvurdering skal gjennomsyre saksbehandlingen. Det stilles større krav til hurtig saksbehandling der det blant annet legges opp til en egen og enklere saksgang for småkrav (under 125.000), jf. tvl. kap. 10. Alle disse momentene kan ha innvirkning på hvor mye instituttet midlertidig sikring blir benyttet.

Samlet sett må vi kunne si at vi ser en innskjerpelse i bruken av midlertidig sikring fra lovgiver. Både i forhold til faktisk innskjerpelse og større forsiktighet på spesielt utsatte rettsområder²⁷⁵, men også ved bedre å legge til rette på andre måter (eks. ny tvistelov) slik at behovet for å bruke instituttet midlertidig sikring reduseres²⁷⁶.

²⁷² Thor Falkanger m.fl., Tvangsfullbyrdsloven, kommentarutgave, bind II, s. 1059 og 1060

²⁷³ Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 13 andre spalte

²⁷⁴ Tvisteloven § 1-1, andre ledd fjerde strekpunkt

²⁷⁵ Ytringsfrihet jf. grl § 100, fjerde ledd og barnefordelingssaker

²⁷⁶ For eksempel større sakshurtighet og dommerstyring i tvistesaker

5 OPPSUMMERING

Midlertidig sikring synes å være et viktig institutt for at rettskraftige avgjørelser skal kunne effektueres med et tiltenkt resultat. Saksøktes adferd og situasjonens fremkalling av fare er ofte medvirkende til at det ikke er tid til å få et godt og riktig resultat hvis en skal vente på endelig rettskraftig avgjørelse i domstolen. At kjennelse om midlertidig sikring, i særlige tilfeller, kan besluttes uten at partene eller de som rammes får anledning til kontradiksjon synes også å være en viktig ordning for å sikre rettmessige verdier, sikre fremgang i prosessen og legge til rette for praktiske og nødvendige ordninger. Et institutt som i såpass stor grad medvirker til riktig resultat er også med på å gi rettssystemet tillit.

På den annen side er risikoen for uriktige avgjørelser stor. Både det at beslutningsgrunnlaget i midlertidige avgjørelser er mer begrenset enn i vanlige tvistemål og at unntaksregelen i tvl. § 32-7, andre ledd (unntak fra kontradiksjon) brukes i relativt stor grad, gjør at mange avgjørelser om midlertidig sikring omgjøres, enten etter etterfølgende muntlige forhandlinger eller anke oppover i rettssystemet.

Jeg mener at jeg gjennom oppgaven har vist at kontradiksjonsprinsippet, over tid, har utviklet en stadig sterkere posisjon i norsk rett, samtidig som det materielle innholdet i unntak fra kontradiksjon som gjelder ved midlertidig sikring, ikke har endret seg nevneverdig.

Fravikelse av den grunnleggende rett til kontradiksjon, jf. tvl. 32-7, annet ledd, har lovgiver forsøkt å ivareta. Først ved å oppstille generelle vilkår som skal høyne terskelen for å begjære midlertidig sikring, og videre gjennom at vilkårene forsterkes ytterligere med ”fare ved opphold” i de tilfeller der det gis adgang til å unnlate kontradiksjon før kjennelse besluttes. Til slutt oppstilles en viktig overordnet regel i tvisteloven § 34-1, andre ledd, der det er nedfelt en regel om proporsjonalitet²⁷⁷ ved midlertidig forføyning, noe som trolig også gjelder for arrest.

²⁷⁷ En totalvurdering av sakens interesser, jf. tvl. § 34-1, annet ledd

Avgjørelser om midlertidig sikring uten forutgående kontradiksjon har en iboende fare for å påføre mennesker unødvendige ulemper. Dette er en pris vi trolig må betale for å sikre rettferdighet og tillit til prosessen for det overveiende flertall av befolkningen. For å begrense skadepotensialet ved uriktige kjennelser har lovgiver oppstilt flere andre institutter, som klageordninger, innsynsrett, sikkerhetsstillelse og erstatningsansvar. Disse motvektene tilfredsstiller i stor grad de ulempene beslutninger uten kontradiksjon påfører enkeltmennesket, men kan aldri tilfredsstille forutgående kontradiksjon fullt ut.

Mine undersøkelser om praksis i et utvalg tingretter viser også at unntaksregelen i tvl. § 32-7 annet ledd om fravikelse av kontradiksjon ved avsigelse av kjennelser ved midlertidig sikring, heller nærmer seg en hovedregel. Det kan likevel synes som det er et skille i praksis mellom de store og mindre store tingrettene, der de mindre tingrettene i større grad bestreber seg på best mulig kontradiksjon før avgjørelse enn hos de store. Jeg mener det er bekymringsfullt at det ikke er større samsvar mellom lovgivers intensjoner om en unntaksregel i tvl. § 32-7 annet ledd og den praksis som føres, i hovedsak, hos de større tingrettene.

Jeg vil avslutte oppgaven med Pål Mitsem sine ord:

*Selv om man etablerer unntak fra det vanlige system for domstolsprøvelse, må man ikke se bort fra den helt ekstraordinære karakter som tiltakene har. Det er grunn til å trekke visse praktiske konsekvenser av den ekstraordinære karakter, bl.a. slik at den tiltaket går ut over får så god anledning til å ta til motmæle som omstendighetene tillater*²⁷⁸.

²⁷⁸ Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett s. 13

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

- Jo Hov, Rettergang I, Sivil- og straffeprosess, Oslo 2007
- Jo Hov, Rettergang II, Straffeprosess, Oslo 2007
- Jo Hov, Rettergang III, Sivilprosess, Oslo 2007
- Anne Robberstad, Sivilprosess, Bergen 2009
- Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i Norsk rett, Stavanger 1992
- Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 6. utgave, Oslo 1999
- Runa Bunæs, Lars Borge-Andersen, Alexander Dey, Norunn Løkken Sundet, Tvangsfullbyrdelse og gjeldsordning, 2. utgave, Oslo 2009
- Anne Robberstad, Kontradiksjon og verdighet, rapport, Oslo, 2002
- Jon Gisle(Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dirdi Gjønnes, Magnus Matningsdal, Magnus Aarbakke), Jusleksikon, 2. opplag, Oslo 2005
- Ståle Eskeland, Strafferett, Oslo 2006
- Jens Edvin Skogøy, Tvistemål 2. utgave, Oslo 2001

Norske lovkommentarer

- Falkanger Thor og Hans Flock, Thorleif Waaler, Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave, fjerde utgave, Bind I og II, Oslo 2008
- Schei, Tore og Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordèn, Christian Reusch, Torill Øye, Tvisteloven, kommentarutgave, Bind II, Oslo 2007
- Falkanger, Thor og Hans Flock, Thorleif Waler, Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave, tredje utgave, Bind I og II, Oslo 2005
- Falkanger, Thor og Hans Flock, Thorleif Waler, Tvangsfullbyrdelsesloven, kommentarutgave, andre utgave, Bind II, Oslo 1995
- Edvin. Alten, Tvangsloven med kommentarer, tredje utgave, Oslo 1950

6.2 Artikler

- Waaler, Thorleif, artikkel om midlertidigs avgjørelser og midlertidige forføyninger etter bestemmelser i særlovgivningen, Lov og rett 1998, s 515,
- Graver, Hans Petter, artikkel "I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper" Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s 189 (TRF-2006-189)
- Lucy Smith, artikkel "Barnets beste og barnets uttalerett" FAB-2004-223

6.3 Lovgivning

Norske lover

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 29. juni 2007 nr 68 (Tvisteloven)

Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr 86
(Tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov om fordringshavers dekningsrett av 8. juni 1984 nr 59 (Dekningsloven)

Lov om domstolene av 13. august 1915 nr 5 (Domstolloven)

Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 15. juni 2007 nr 38 (Straffeprosessloven)

Lov om pant 8. februar nr 2 1980

Utenlandske lover

Rättegångsbalk (1942:740) (Den svenske rättegångsbalken)

Lov om rettens pleje, jf. lov om bekendtgørelser nr 1261 af 23. oktober 2007
(Retsplejeloven, Danmark)

6.4 Dommer - Rettspraksis

Høyesterett

- Rt. 2007 side 404, midlertidig forføyning for å få stanset TV-program om etterforskningsmetoder i NOKAS-saken.
- Rt. 2005 side 1590, Lisa-dommen HR
- Rt. 2000 side 1261, Storbyguiden, HR

- Rt. 2000 side 503, Garasjesaken
- Rt. 1997 s. 1019 Rettergangsbotkjennelsen HR
- Rt. 1990 s. 8 – HR - manglene kontradiksjon - saksbehandlingsfeil
- Rt. 1977 side 1035 Sykejournaldommen HR
- Rt. 2003 side 1165 – kjæremålsutvalget – sikringsgrunn
- Rt. 2001 s. 295 – kjæremålsutvalget – sannsynliggjøring av krav – foregrepet
- Rt 2000 side 1293 – kjæremålsutvalget – sikringsgrunn
- Rt. 1982 side 238 – kjæremålsutvalget – sikringsgrunn – saksøktes adferd

Lagmannsretten

- LB-2007-7195, Kjennelse av 1. mars 2007 - sikringsgrunn
- LG 2005-117640 – erstatning etter midlertidig forføyning

Tingretten

Publiserte

- TOBYF 2009-81634 - Boliviasaken
- TOBYF 2009-84018 - Boliviasaken
- RG 1994-512(71-94) Nordmøre namsrett – flytting av lakseoppdrett

Ikke publiserte

- Terrasaken – kjennelse i Tønsberg tingrett av 6.12.2007 i sak 07-181791TVA-TONS
- Terrasaken – kjennelse i Oslo byfogdembete av 4.1.2008 i sak 07-181510TVA-OBYF/2
- Kjennelse datert 6. april 2009 i Nedre Telemark Tingrett i sak 09-057213TVI-NETE

Europeiske menneskerettsdomstol

- Case of Walston v. Norway, application 37372/97, Strasbourg, 3. juni 2003
- Case of Botten v. Norway, EMD 1996-02-19

Traktater, konvensjoner, avtaler og folkerettspraksis

EMK:	Den Europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
FN:	Konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 1966, ratifisert av Norge 13. september 1972
WTO:	TRIPS-avtalen, forkortelse. for <i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> , internasjonal avtale av 1994 om handelsrelaterte sider av immaterialretten
EMD:	Case of Botten v. Norway, reports-1996-I, dom 19.2.1996 Case of Walston v. Norway, application no. 37372/97, dom 3.6.2003

6.5 Forskrifter/instrukser

- Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (Påtaleinstruksen) av 15. desember 2006 nr 1456

6.6 Forarbeider

Odelstingsproposisjon nr 51 (2005-2005)	om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Odelstingsproposisjon nr 33 (2003-2004)	om lov om endringer i tvistemålsloven
Odelstingsproposisjon nr 43 (2003-2004)	endringer rettegangslovgivningen m.v. (organisering av den sivile rettspleie på grunnplanet)
Odelstingsproposisjon nr 65 (1990-1991)	om lov tvangsfullbyrdelse 1992

Innst.O nr. 66 (2003-2004)	om endringer i tvistemålsloven
Innst 110 (2004-2005)	innstilling fra Justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
NOU 2005:9	Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemdene for sosiale saker (ikke henvist til)
NOU 2001 : 32 Bind A, Rett på sak, NOU 1999: 27	lov om tvisteløsning ”Ytringsfrihed må finde sted”
Utkast til odelstingsproposisjon	om ny lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven), udatert, men forut for 1992-loven

6.7 Nettdokument-nettsteder

- <http://sv.wikipedia.org/wiki/Kvarstad>

6.8 Personlig meddelelse:

- Ekspedisjonssjef Knut Helge Reinskou, Lovavdelingen Justisdepartementet, personlig samtale
- Fagdirektør Sylvia Peters, Politiavdelingen, Justisdepartementet, personlig samtale
- Tidligere dommerfullmektig i Nedre Telemark tingrett dflm.Torbjørn H. Nagelhus – samtale om avsagt kjennelse
- E-post fra administrasjonssjef Asker og Bærum Tingrett, 14. september 2009
- E-post fra Liv Bruun Johansen Gjøvik tingrett, 19. oktober 2009

- E-post fra Bente F. Elverum, Trondheim tingrett, 19. oktober 2009
- E-post fra Karin Førland, Sunnhordland tingrett, 20. oktober 2009
- E.post fra administrasjonssjef Steinar Weseth Oslo tingrett, 21.10.2009
- E.post fra tingrettsdommer Helga Hågenvik, Haugaland tingrett, 22.10.09
- E-post fra Espen Egil Hansen, nettredaktør i VG-nett, 26.10.09

7 Lister over tabeller og figurer m v

Midlertidig sikring 2009 – et utvalg tingretter i Norge²⁷⁹

Domstoler	Totalt antall saker om midlertidig sikring	Kjennelser uten forutgående muntlige forhandlinger
Haugaland tingrett	15	3 (pr. 22.10)
Asker og Bærum tingrett	56	40 (pr. 14.9.)
Trondheim tingrett	21	1 (pr. 19.10)
Gjøvik tingrett	8	3 (pr. 19.10.)
Sunnhordland tingrett	4	1 (pr. 19.10)
Haugaland tingrett	15	3 (pr. 22.10)

²⁷⁹ Det har ikke vært mulig å finne hvor mange av sakene som er trukket, forlikt eller avvist. Tabellen gir likevel en viss pekepinn på bruken av kjennelser uten forutgående muntlige forhandlinger.

Midlertidig sikring - Oslo byfogdembete - saker per 21.10.2009

Forretninger	Antall pr 21.10.09	Antall kjenninger avsagt uten forutgående muntlige forhandlinger	Antall kjenninger etter forutgående muntlige forhandlinger	Antall kjenninger med etterfølgende muntlige forhandlinger
Midlertidige forføyninger	152	116 ²⁸⁰	36	19
Arrester	71	65	6	8
Totalt saker om midlertidig sikring	223	181	42	27

²⁸⁰ Adm.sjef Oslo tingrett: ”det ble avsagt kjennelse i 116 saker uten forutgående muntlig forhandling, men noen av sakene kan ha blitt avvist eller trukket. Dvs at det ikke har vært noe grunnlag for å begjære etterfølgende muntlig forhandling. Det er krevende å finne ut hvor mange det kan dreie seg om, men du kan legge til grunn at det utgjør en liten del av totalen.”